

# Instituciones de utilidad común

Por Alberto Campillo, S. J.

Profesor de Derecho Canónico

## PRIMERA PARTE

### LAS «CAUSÆ PIÆ» DEL DERECHO ROMANO

Origen cristiano de las *Causæ piæ*.

Sus privilegios y funcionamiento.

Controversia acerca de la personería jurídica de las *Causæ piæ* en el derecho justinianeo.

**L**OS orígenes de la persona moral no colegiada o fundación, según los historiadores del derecho<sup>1</sup>, hay que buscarlos no en el derecho romano antiguo, ni siquiera en el clásico, sino en el del Bajo Imperio: por influjo del Cristianismo nacieron en él los institutos que se llamaron *Causæ piæ*.

Es sabido que en el siglo iv la Iglesia hasta entonces perseguida o a lo más tolerada, es reconocida jurídicamente, saliendo de la obscuridad a la luz, como árbol vigoroso y joven, al lado del envejecido Imperio al que poco a poco fue sustituyendo. Y desde entonces no sólo lleva a las almas escépticas la luz radiante del Dogma, sino también a los cuerpos enfermos y hambrientos el pan y el alivio, porque el Evangelio del amor que recibió de su Divino Fundador lo pone más en las obras que en las palabras. Y aunque su fin primordial es salvar las almas para la eternidad, recobrada la plenitud de su acción, se aplica a aliviar las miserias del cuerpo, resol-

---

<sup>1</sup> Cfr. v. gr. D'Angelo, S., *Ius Digestorum*, I p. 474; Brown, B. F., *The canonical juristic personality*, p. 12 ss.; Gillet, P., *La personnalité juridique en droit ecclésiastique*, p. 26 ss.; Hohenlohe, C., *Einfluss des Christentums auf das Corpus Iuris Civilis*, p. 176; Lammayer, J., *Die juristischen Personen der k. Kirche*, p. 58; Michiels, G., O. M. Cap., *Principia generalia de Personis in Ecclesia*, p. 312 ss.; Ojetti, B., *Commentarium in Cod. I. C.*, t. II, n. 10.

viendo la cuestión social que la romanidad antigua y pagana reducía a las frívolas palabras *panem et circenses*.

La primera manifestación de esta caridad operosa es la *hospitalidad*. Apoyada en las palabras que el Señor de la Iglesia ha de dirigir en el último día a sus elegidos <sup>2</sup>, la hospitalidad es celebrada como la más alta de las virtudes cristianas por los Apóstoles del Nuevo Testamento <sup>3</sup>, siguiendo después los escritos de los Padres <sup>4</sup> y las antiguas Reglas de los Monjes <sup>5</sup> hasta los Concilios y las Capitulares del tiempo carolingio <sup>6</sup>.

Es curioso observar que el concepto de hospitalidad que en un principio abarcaba tan sólo el hospedaje, se fue con el tiempo extendiendo al socorro de todos los indigentes y miserables, porque *hospites* son todos los alejados de la patria, los pobres, los enfermos, los débiles, las viudas, los huérfanos. Por eso ya en el siglo v encontramos una floración verdaderamente exuberante de institutos de caridad: casas de peregrinos, hospitales, orfanatrofios, etc. De Oriente pasaron a Roma y toda Italia; más tarde, en el siglo vi aparecen en Francia y España, y en el siglo vii en Alemania. Así tenemos por ejemplo, que cuando Constantino trasladó la sede imperial a Constantinopla, mandó establecer un asilo para los extranjeros y peregrinos que por devoción comenzaban a visitar la Tierra Santa. Y sus sucesores imitaron con tanto celo su ejemplo, que llegaron a contarse en Bizancio hasta treinta y cinco establecimientos de beneficencia.

Y de fundaciones no ya de emperadores y obispos <sup>7</sup> sino de simples fieles, las fuentes históricas nos dan algunos ejem-

<sup>2</sup> Matth. 10, 40 ss.; 25, 35, ss.

<sup>3</sup> Rom. 12, 13; Hebr. 13, 2; 1 Petr. 4,9.

<sup>4</sup> Doctrina duodecim Apost. lib. II, 148; Pastor Hermæ, Mand. VIII, 10; Tertull. Ad uxorem, II, 4; Melitón de Cerdeña todo un libro, según Eusebio, Hist. Eccl. IV, 26, 2.

<sup>5</sup> Reg. S. Bened. c. 53; Casiano Collatio II, 21; Reg. Monachor. Fructuosi, c. 10.

<sup>6</sup> Conc. Roman. (a. 826); Conc. Aquisgran. (a. 816); Conc. Meldense-Parisiens. (a. 845). In monumenta Germaniæ, Conc. II.

<sup>7</sup> Especialmente conocida fue en la antigüedad la fundación del *Basilias* en Cesarea, el año 375 por San Basilio Magno. Y que los *xenodochia* u hospicios levantados por los obispos fueran una cosa ordinaria, nos lo muestran estas palabras de su obispo al sacerdote Aërius al encargarle el cuidado de un *xenodochium* en el Ponto, año de 356: *eiusmodi quippe domicilia præ amore erga hospites ab ecclesiarum antistibus excitari solent, in quibus mutilatos et imbecilles collocant, iisque ad victum necessarium pro virili suppeditant*, o sea que tales casas suelen levantarlas los obispos por su amor a los pobres, en las cuales asilan a los baldados y desvalidos, dándoles conforme a su necesidad, lo necesario para su sustentación.

plos, como los *Acta Archelai*, que nos cuentan por menudo que un rico y pío cristiano de nombre Marcelo, fundó en la primera mitad del siglo iv cinco *hospitia* en el camino de Mesopotamia a Persia, distanciados entre sí de una jornada, para recibir a los pobres y extranjeros; más famosos aún fueron los dos hospitales del año 400, el uno del senador Pamachio fundado en el Puerto Romano (Ostia), y el otro de Fabiola en Roma. Y si pudiéramos seguir paso a paso lo que hacía la caridad de los cristianos pudientes para aliviar a sus hermanos los pobres, veríamos cómo ya no son sólo los *hospitia* o *xenodochia* para peregrinos y enfermos, sino que por doquier se levantan los *ptochotrophia* o casas para pobres, los *nosocomia* exclusivamente para los enfermos, los *orphnatrophia* y *brephotrophia* para los huérfanos y expósitos, los *leprodochia* para los leprosos y los *gerentocomia* o asilos de ancianos. Institutos que se difundieron tanto, que ya para el siglo vi no había ciudad episcopal que careciera de alguno de ellos <sup>8</sup>.

No queda la menor duda de que tales establecimientos de caridad debieron su nacimiento al influjo cristiano. Al emperador Justiniano se debe el esfuerzo hecho por parte del Estado de protegerlos y normalizarlos, creando con su legislación una organización de conjunto digna de estudiarse.

Esa legislación rodeó de garantías y privilegios los bienes de las fundaciones pías: exentos de cargas civiles y de impuestos extraordinarios <sup>9</sup> gozan, asimilados a los bienes eclesiásticos, de prescripción especial —cien años— en cuanto a acciones personales y reales, de remisión de las cargas que pesaban sobre las liberalidades de los curiales <sup>10</sup>. Teniendo, desde luégo, plena capacidad de poseer a título oneroso o gratuito, se exhorta a los administradores a acrecentar las posesiones de estas fundaciones, rechazando las donaciones inútiles o de administración ruinosa <sup>11</sup>. De dichos bienes sólo los muebles podían enajenarse, pues numerosas disposiciones restringían la venta de los inmuebles —edificios, tierras, jar-

<sup>8</sup> En 494 el Papa San Gelasio mandaba a los obispos: *de redivo vero ecclesie vel oblatione fidelium quatuor faciant portiones: quarum unam sibi ipsi retineat, alteram clericis pro officiorum suorum sedulitate distribuat, tertiam pauperibus et peregrinis, quartam ecclesiasticis fabricis noverit reservandam*. En Andreas Theil, *Epistolæ Rom. Pont.*, I, ep. 15, p. 380. La mayoría de los datos históricos que preceden los hemos tomado de la monografía de Schönfeld, W. *Die Xenodochien in Italien und Frankreich*, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung, Kan. Abteilung*, XII.

<sup>9</sup> Nov. CXXXI, 5.

<sup>10</sup> Cod. I, 2, 19; I, 3, 35; VIII, 54, 36; I, 2, 22.

<sup>11</sup> Cod. I, 3, 42; Nov. VIII, 12.

dines, esclavos— en interés de las generaciones por venir. Con todo, entre sí podían los administradores de estos establecimientos proceder a cambios de los inmuebles, pero bajo ciertas condiciones y con la aprobación del obispo, con tal de que dichos cambios cediesen en utilidad de uno y otro instituto<sup>12</sup>.

Los indigentes, como los cautivos, constituídos legatarios, no son considerados como personas inciertas, incapaces por lo tanto de heredar, privilegio notable que más tarde consagraron otras legislaciones<sup>13</sup>. La herencia pertenece a la casa del lugar donde el testador tiene su domicilio; si hay varios de esos establecimientos, se escoge el menos afortunado: *Tunc ei xenon vel ptochotrophio qui pauperior est dignoscitur*. En el caso en que la localidad no tenga ningún edificio consagrado a los pobres, el obispo queda encargado de distribuir el emolumento de los legados entre los necesitados, y sin que haya lugar a retener la *Quarta Falcidia*<sup>14</sup>.

Las personas a las que incumbe fundar un asilo de caridad tienen un año para cumplir con tal obligación. Si las construcciones por hacer se demoran, se deberá alquilar un inmueble apropiado<sup>15</sup>.

Sobre su funcionamiento, en líneas generales podemos decir que su administración estaba entregada a directores especiales, casi todos clérigos, sometidos al obispo, como los *xenodochoi* para los *xenodochia* o los *parabolani* que tenían instrucción médica como encargados de los *nosocomia* u hospitales propiamente tales. Estos administradores podían ser nombrados o por los fundadores o por el obispo, pero de todas maneras estaban a éste sujetos, debiendo darle cuenta de su gestión, porque los obispos son los vigilantes natos de las liberalidades con fin pío<sup>16</sup>. Además, para asegurar el cumplimiento de todas las prescripciones legales, existía en Constantinopla una oficina especial de las fundaciones pías, compuesta de clérigos y monjes; su jefe era el *Gran Orfanatrofio*, casi siempre un monje, verdadero director de la asistencia pública<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Nov. LIV, 2. Exhorta aquí el pío Emperador a los administradores a que hagan gran caso del juicio de Dios, y eviten así toda prevaricación y colusión: *habentibus quippe his qui ad talia conveniunt magni Dei iudicium, si quid prevaricate fuerint horum quæ competunt aut quoddam colludium fiat...*

<sup>13</sup> Cod. I, 3, 48 y 49.

<sup>14</sup> Cod. I, 3, 49; I, 2, 26.

<sup>15</sup> Cod. I, 3, 46; Nov.

<sup>16</sup> Cod. I, 3, 17, 18; Nov. CXXIII, 23; VIII, 12.

<sup>17</sup> Cf. Lallemand, L., *Histoire de la Charité*, t. II, p. 135 ss.

¿A los variados establecimientos de beneficencia, que funcionaban como lo acabamos de ver, en realidad de verdad les reconocía el derecho justiniano, *personalidad jurídica*, con el sentido que hoy damos a esta palabra, o a lo menos de independencia de patrimonio? ¿Constituían acaso verdaderas fundaciones con la significación técnica de los romanistas alemanes del siglo pasado, esto es, de una masa de bienes con un fin determinado? He aquí una cuestión muy controvertida, que si bien no tenemos la pretensión de resolver a cabalidad, sí queremos examinar, teniendo en cuenta las fuentes. Pero ante todo, ocurre una cuestión de pura terminología si se quiere, pero que no carece de importancia, y a la que por consiguiente es menester al menos aludir: ¿el término genuinamente justiniano *causa pia* y mejor aún en plural *Causæ piæ*, tiene en las leyes del Emperador jurista el sentido que hoy se le da, de establecimiento de caridad o beneficencia? ¿Cuándo si no, adquirió el término ese significado?

Cinco veces se encuentra en el *Corpus iuris civilis* el término *Causæ piæ* inventado por el propio Justiniano, para no volver a aparecer en el *Corpus* en ninguna constitución de sus sucesores<sup>18</sup>. Los manuales de Derecho romano han repetido siempre que con este nombre se designaban las fundaciones nacidas de la caridad cristiana, tales como orfanotrofios, hospitales, etc.<sup>19</sup>. Cugia, romanista italiano, con base en el argumento estrictamente filológico, niega al término el sentido complexivo de fundación<sup>20</sup>. *Piæ causæ* habría de entenderse más bien de la intención piadosa de los donadores o testadores, y no de las fundaciones en el propio sentido de la palabra, tal cual la emplearon los pandectistas, sobre todo alemanes del siglo pasado y comienzos del presente; o en otras palabras, *causæ piæ* tiene un sentido subjetivo, no objetivo. Este último lo vino a adquirir por una lenta evolución preparada por los glosadores. El romanista Alciatus —1492— sería el primero, según Cugia, en usar el término en sentido que preludia el ordinario de fundación, en el siguiente pasaje: *Sed numquid favore piæ causæ quæ simili pacto instituta sit, sustinebitur testamentum?*<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> En tres constituciones: la 19 del año 528, la 34 del mismo año y la 45 del siguiente; luégo en las Novelas 65 y 131 de los años 530 y 545 respectivamente.

<sup>19</sup> Cf. por ejemplo, Girard, F., *Manuel élémentaire de Droit Romain*, p. 257; Bonfante, P., *Instituzioni di diritto romano*.

<sup>20</sup> Cugia, S., *Il termine «Piæ causæ»*. Contributo alla terminologia delle persone giuridiche en diritto romano, en Studi giuridici in onore di Carlo Fadda, p. 231 ss.

<sup>21</sup> Andreae Alciati p. t. II ad c. de pactis 19 par. Favore. (Ed. de Letzneri, 1617) Cita de Cugia.

Aun admitiendo la teoría de Cugia a que acabamos de aludir, no quiere ello decir que se deba negar para la época justiniana la idea de fundación, o por lo menos el carácter de persona jurídica atribuido a los establecimientos de beneficencia. Claro que no debemos pretender encontrar en el derecho romano del último período una doctrina sistemáticamente perfecta o acabada de la fundación en el sentido técnico moderno; no es posible identificar las ideas jurídicas de los romanos del siglo v y vi, con las concepciones alemanas del siglo xix y xx. Por eso, más que en los términos debemos parar mientes en los hechos, ir al fondo de las cosas y tratar de ver cómo funcionaban en el Bajo Imperio los institutos de beneficencia, que sin lugar a duda existían en ese tiempo.

Así pues, si encontramos que dichos institutos funcionaban casi como los nuestros, con un mecanismo jurídico análogo, por decirlo así; si la estructura de la institución se nos presenta semejante a las nuestras, podremos con razón atribuir a la legislación romana una noción práctica cuando menos, de la fundación. Tenían, podemos concluir, los institutos de caridad del Bajo Imperio, personalidad jurídica.

Pero no debe olvidarse, no podemos sorprendernos de no encontrar bajo la pluma de Justiniano la expresión persona moral o jurídica, ni siquiera la teoría de ella; —sabemos por la historia del derecho que esa fue obra de los canonistas de la Edad Media— sino que debemos darnos por satisfechos si del estudio de las fuentes sacamos que estos institutos son tratados al igual del *corpus* o del *collegium*, figuras jurídicas que ciertamente gozaron de personería jurídica, puesto que tenían independencia de patrimonio, como están conformes los romanistas en admitirlo <sup>22</sup>.

Partamos del hecho incontrovertible tantas veces mencionado: encontramos hospitales, asilos, orfanatrofios, etc., fundados por la caridad cristiana y vigilados por la autoridad eclesiástica y generalmente administrados y servidos por clérigos o religiosos, que al parecer funcionan independientemente <sup>23</sup>. Todavía no se sigue de ahí que sean jurídicamente sujetos de derecho, con capacidad patrimonial propia como los *corpora* o *collegia*. Para poderlo afirmar, es menester ver a quién pertenecían los bienes de esos establecimientos: o bien ellos mismos eran los sujetos de posesión, o bien pertenecían al conjunto de clérigos o monjes que prestaban en ellos sus servicios, o quizás a la Iglesia, esto es, a la dióce-

<sup>22</sup> Cf. v. gr. Colli, *Collegia et Societates*; Girard, o. c. p. 258.

<sup>23</sup> Cf. v. gr. Cod. I, 2, 22.

sis, de la que tal vez estos institutos no fueran sino una dependencia. Formulando en otros términos el problema: cuando un donador o testador quería fundar un establecimiento de caridad, ¿a quién en derecho se dirigía la liberalidad? ¿Constituía un acto de fundación, esto es, un patrimonio independiente, o más bien se dirigía a la congregación de clérigos o religiosos que iban a administrar el establecimiento, o al mismo obispo como jefe de la diócesis y administrador de los bienes de la Iglesia?

En un sentido lato, es claro que los bienes de estos institutos son todos bienes de la Iglesia, en cuanto forman parte del patrimonio eclesiástico, pues no eran fundaciones laicas. Pero el patrimonio de la Iglesia se fraccionaba en un cierto número de pequeños centros patrimoniales autónomos, bien que bajo la vigilancia del obispo. Así, lo que pertenece a las diversas facultades de una universidad, para poner un ejemplo, constituye en su conjunto el patrimonio de la universidad, pero eso no impide que cada facultad constituya una persona moral distinta. ¿Sucedió lo mismo con los establecimientos de beneficencia dependientes de una diócesis? Indudablemente que también podían pertenecer los institutos en cuestión a la diócesis misma, en el sentido de que sus bienes fueran bienes de la Iglesia propiamente hablando. De la misma manera hay que reconocer que podían establecerse estos institutos de caridad bajo forma de liberalidades hechas a la Iglesia con miras a la construcción de un hospital, por ejemplo. Tendríamos en ese caso un legado *sub modo*, o como hoy diríamos, un legado a persona moral preexistente. Los legados *sub modo* en efecto, ya eran permitidos en el derecho romano clásico<sup>24</sup> y para la época cristiana encontramos el ejemplo cierto, cuando se trata de distribución de una cierta suma a los pobres o a los cautivos, siendo el caso más general, elegir al obispo para esas distribuciones<sup>25</sup>.

¿Y sería ese el único procedimiento legal para las liberalidades pías, de suerte que del hecho de que algunos de los establecimientos de caridad pudieran pertenecer al patrimonio de la Iglesia, en concreto de la diócesis, tengamos que concluir que no los hubiera independientes? Es punto controvertido entre los tratadistas de la persona moral. Loening por ejemplo, y Gierke, niegan la autonomía jurídica y patrimonial de las fundaciones de beneficencia en la época romana.

<sup>24</sup> Dig. xxxv, 1, 40, 5.

<sup>25</sup> Inst. 20, 27; Cod. vi, 24, 12; i, 3, 49.

Para Gierke el concepto de fundación habría surgido en Alemania tan sólo bajo la acción de la iglesia protestante, en la mitad del siglo xvi, al ser reconocida la independencia de la propiedad eclesiástica. De este tiempo acá solamente, se arraigó la convicción jurídica de un modo general y definitivo, de que todo patrimonio con un fin reconocido, debe mantenerse para ese fin asignado por el fundador <sup>26</sup>.

En Loening, al apartarse de la sentencia común de los romanistas, parece haber influido el estudio de algunos documentos relativos a la Galia merovingia, donde al principio se aplicaron más estrictamente los cánones de los concilios que hacían del obispo el administrador exclusivo de los bienes de la iglesia de su diócesis, y que le prescribían hacer cuatro partes de ellos: una para la *mensa episcopalis*, la segunda para la sustentación del clero, la tercera para los pobres y la cuarta para el culto y sostenimiento de las iglesias <sup>27</sup>. La parte de los pobres estaba representada por los institutos de caridad y de este modo formaban parte del patrimonio común. Por esta razón, cuando estos autores vuelven su atención a los textos del Código y de las Novelas, y ven que todos los establecimientos de caridad están bajo la vigilancia del obispo, concluyen que no tenían independencia jurídica <sup>28</sup>.

La sentencia común y clásica entre los romanistas, sostiene que en realidad la legislación bizantina sí reconoció independencia patrimonial y personería jurídica a los establecimientos de beneficencia <sup>29</sup>. No es pues de extrañar que los pandectistas alemanes hayan enseñado y defendido lo mismo, pues fueron ellos precisamente quienes el siglo pasado sistematizaron la doctrina sobre la persona moral en el derecho romano, y fijaron su nomenclatura. Winscheid, al exponer su teoría sobre los derechos sin sujeto, puso la base para la teoría de Brinz del *Zweckvermögen* o del patrimonio que pertenece a un fin: un patrimonio, dice Brinz, no sólo puede per-

<sup>26</sup> Gierke, O., *Das deutsche Gesellschaftsrecht*, t. II, p. 962 ss.; t. III, p. 119 ss. y 804 ss.

<sup>27</sup> Cf. *supra*, nota 8.

<sup>28</sup> Loening, *Geschichte des deutsches Kirchenrechts*, t. I, p. 250 ss.

<sup>29</sup> Quiero citar aquí, por lo claro de la doctrina y más que nada por la indiscutible autoridad de Savigny, el siguiente pasaje: *L'appellativo di bona ecclesiastica attributo alle pie fondazioni va inteso, secondo l'autore nel senso che il loro patrimonio si trova sotto l'influenza e sorveglianza della autorità ecclesiastica, e che partecipa ai privilegi dei quali godono i beni della Chiesa. Con ciò però non si intenderà in alcun modo di negare alle persone giuridiche di questa specie un'esistenza per se stante, ed è un errore dei tempi più recenti l'attribuire, come alcuni fanno, a quella espressione un tal significato.* Savigny, C., *Sistema del diritto romano attuale*, t. II, p. 245 ss., trad. Scialoia.

tenecer a una persona —*pertinere ad aliquem*— sino que puede pertenecer también a un fin —*pertinere ad aliquid*—; un patrimonio o *universitas bonorum* consagrado a un fin, puede constituir persona moral no colegiada <sup>30</sup>.

De entre los modernos defienden también la personalidad moral en la legislación justiniana para los institutos de caridad, tres autores que ex professo tratan la cuestión en sendas monografías: Saleilles <sup>31</sup>, Nini <sup>32</sup> y Casoria <sup>33</sup>. Y si de las monografías pasamos a los manuales de derecho romano, podemos afirmar que sus autores siguen enseñando la sentencia común.

Y a la verdad, el estudio atento de las fuentes produce la convicción de que Justiniano concedió a los institutos de beneficencia —desde luégo que no *in terminis*, pero sí implícitamente— personería jurídica, al otorgarles patrimonio propio. Casi todas las Constituciones sobre causas pías, en efecto, repiten que los bienes dados por el testador o el donante pertenecen al establecimiento mismo, a la *venerabilis domus* <sup>34</sup>, y si se les da a dichos bienes el apelativo de eclesiásticos, es porque están bajo la vigilancia de la autoridad eclesiástica y participan de los privilegios de que gozan los bienes de la Iglesia, como atinadamente lo observa Savigny, según lo vimos más arriba <sup>35</sup>.

Si los establecimientos de caridad no hubieran gozado de patrimonio propio, observamos finalmente, el uso corriente hubiera favorecido los legados *sub modo*. El testador en ese caso legaría al obispo con miras a la construcción de un hospital, v. gr., o un asilo; pero por el contrario, encontramos con mucha frecuencia los legados directos, hechos a establecimientos que ya existían o por crear, o legados a pobres, los cuales iban según la Constitución 48 arriba citada, al *Ptochium* que los representaba. No es la Iglesia, parece evidente por lo dicho, el sujeto de propiedad de esos bienes. ¿Entonces quién lo será? ¿Tal vez el fin personificado, o la colectividad anónima de los beneficiarios, o quizás el conjunto de clérigos o religiosos puestos al servicio del establecimiento? O dicho con

<sup>30</sup> Brinz, A., *Lembruck der Pandekten*, t. 1, 61, p. 201 ss.

<sup>31</sup> Saleilles, R., *Les «piæ causæ» dans le droit de Justinien*. En *Mélanges Gérardin*, p. 513 ss.

<sup>32</sup> Nini, G., *Sull'esistenza de fondazioni autonome nel diritto giustiniano*.

<sup>33</sup> Casoria, J. M<sup>º</sup>, *De personalitate iuridica causarum piarum in evolutione iuris romani usque ad Iustinianum*.

<sup>34</sup> *Quæcumque vero ad supradictas venerabiles domus pertinent*. Cod. 1, 341, 12.

<sup>35</sup> Cf. nota 28 supra, y también Cod. 1, 3, 34, 1.

términos técnicos, ¿se tratará de una propiedad de corporación o de una propiedad que hoy diríamos de fundación? Veámoslo brevemente.

Tomemos en gracia de simplificación del problema el caso del legado hecho a pobres o cautivos en general. ¿Qué ocurría entonces? La fórmula más usual era la de la institución directa: son los pobres, son los cautivos a quienes se instituye por herederos. En un principio quiso ponerse en duda la validez de tales legados como hechos a persona incierta. Por esto las Constituciones imperiales declararon formalmente válido el testamento y la institución eficaz, sin que pudieran objetarse las reglas relativas a las *personæ incertæ* <sup>36</sup>.

Había otro modo de hacer estas liberalidades en favor de los indigentes, a saber: constituía el testador un capital, cuyos intereses debían servir para distribuciones anuales. En esta segunda forma, ¿cómo se ejecutaba el testamento pío, quién corría con el oficio de hacer las distribuciones? El testador podía encargar un tercero, que venía de esta suerte a tener el carácter de verdadero ejecutor testamentario, es decir, tenemos una fundación por intermedio de un ejecutor testamentario: tal figura jurídica recibía el nombre de *epitropé* <sup>37</sup>. Y según la Constitución ya citada hace poco, en caso de que el testador no hubiese designado el ejecutor, tocaba al obispo de la ciudad del testador, hacer la distribución a los pobres o cautivos.

En dicha famosa Constitución 48 de Justiniano, hallamos íntegramente reglamentado lo relativo a este caso, de un capital dejado por el pío testador, con el objeto de repartir anualmente sus réditos. Ha de repartir el capital legado el establecimiento benéfico competente, esto es, el que tiene como su especialidad el servicio de caridad tenido en cuenta por el testador, como si la suma dejada es para los huérfanos, pongo por caso, sería el orfanotrofio el encargado de la distribución. Si el testador no lo ha señalado por sí mismo, legalmente sería el instituto de su domicilio. Se prevé también el caso en que hubiere varios institutos de caridad y se indica cuál debía preferirse. Sólo en el caso de que no existiera un instituto de esa índole, «el obispo o el ecónomo de la santa Iglesia» reciben el encargo de hacer la distribución. Y por fin, —otro caso contemplado en la Constitución— si el testador hubiese dejado sólo bienes muebles y en la hipótesis de que quisiese constituir un capital cuyos réditos debieran re-

<sup>36</sup> Cod. I, 3, 24; I, 3, 48.

<sup>37</sup> Cod. I, 3, 28.

partirse anualmente, no de una vez todo el capital, esos bienes debían ser vendidos para convertirlos en inmuebles, de suerte que sus intereses fueran empleados en las distribuciones que el mismo testador hubiese querido hacer.

No se dice aquí que la liberalidad sea hecha a favor del establecimiento de beneficencia: éste tan sólo queda encargado de su repartición y administración; por lo tanto son los pobres los que son instituidos herederos o legatarios y el administrador del instituto caritativo interviene únicamente como intermediario. ¿No es ésta una fundación en sentido técnico? ¿No es ella una figura jurídica que se aproxima mucho a nuestras fundaciones, un verdadero *patrimoine d'affectation*, en la terminología francesa, y en la alemana una *Stiftung*? Porque no se trata ya de la creación de un establecimiento nuevo, sino de dedicar una masa de bienes a un fin; y este patrimonio *ad aliquid* tiene su administración separada, independiente; es decir, es una fundación bajo la forma de un patrimonio erigido en persona jurídica, una fundación en sentido estricto. Se puede por consiguiente afirmar que el derecho romano del Bajo Imperio admitió las dos formas o variedades de la fundación moderna <sup>38</sup>.

Sin embargo al hacer esa afirmación no queremos ni podemos decir que fueran las fundaciones del derecho bizantino enteramente iguales a la *Zweckvermögen* alemana; por ello deliberadamente decíamos hace poco, que la concepción romana se aproxima a la idea moderna de la personificación de un fin. La romana es una fundación que representa seres concretos, beneficiarios de carne y hueso, que tienen por propietarios a los pobres, los enfermos, los cautivos, etc., cuando se trataba de un legado a persona incierta; o la *venerabilis domus* —el orfelinato, el hospital, etc.—, cuando se trataba de una liberalidad hecha a favor de un instituto ya existente. A personas reales en efecto, y concretas, en efecto, atribuyeron siempre los romanos la cualidad de sujetos de derecho <sup>39</sup>. Como en el derecho romano antiguo, tratándose de la propiedad sagrada, los objetos consagrados a los dioses eran considerados como el dios mismo, detrás de los bienes dados a las iglesias y obras pías por los cristianos, se veía la persona de Cristo o la del mártir y la de los pobres o indigentes <sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Cf. Girard, F., *Manuel de droit romain*, p. 254.

<sup>39</sup> Cf. Albertario, E., *Il concetto della persona giuridica nel diritto romano*, en *Miscellanea Vermeersch*, t. II, p. 7 ss.

<sup>40</sup> Cf. Cod. I, 2, 15 y 25.

Para terminar, resta decir tan sólo una palabra que sugiere la comparación con el derecho moderno: la mayoría de las legislaciones de hoy someten las fundaciones a una autorización administrativa previa, para aprobarlas simplemente, a las veces, y otras, para concederlas personería jurídica. La confirmación de la autoridad administrativa era necesaria en el Imperio para autorizar a los *collegia* y hacer lícitas las corporaciones <sup>41</sup>. Parece pues natural que ese sistema se aplicara también a las fundaciones de caridad. Y sin embargo, no encontramos ningún texto que haga alusión a una autorización de tal género. Porque lo que se dice en las Novelas 67 y 131 al tratarse de una *venerabilis domus*, evidentemente se refiere a una consagración o bendición del obispo para que ella se catalogue como *locus pius*, y en forma alguna puede interpretarse como una concesión por parte del obispo de personería jurídica a esos establecimientos de caridad. La consagración episcopal, como es evidente, no podía tener lugar cuando se trataba de la distribución de limosnas, que era fundación prevista por los textos legales, como quedó dicho arriba.

SEGUNDA PARTE  
LAS CAUSAS PÍAS DEL DERECHO CANÓNICO ANTERIOR AL CÓDIGO

Textos legales del *Corpus Iuris Canonici*.

Doctrina de los Decretalistas.

Legislación tridentina y sus comentadores.

**N**O podía menos la Iglesia de normalizar en su derecho, las instituciones nacidas de su seno y alimentadas de sus principios de caridad para con los semejantes. En esta parte vamos a estudiar el derecho anterior al Código piano-benedictino, dejando para más adelante el comentario a las disposiciones del Código.

La Edad Media, azotada tan a menudo por el triple flagelo de las guerras, la peste y el hambre, ve surgir por todas partes en los nuevos reinos cristianos, los establecimientos donde se practican todas las obras de misericordia, porque si con razón esa fue la edad de la fe, la historia auténtica justifica para ella el título glorioso de edad de la caridad.

En los campos, donde impera el sistema feudal, el señor es el defensor nato de los siervos y menesterosos que vienen en busca de protección al castillo contra las bandas armadas que infestan la región, pero en esa tarea encuentran una ayuda preciosa en el clero de las parroquias rurales y en los monasterios que poseen por lo regular un *xenodochium*<sup>1</sup>.

En las ciudades sigue siendo la casa del obispo el centro de la caridad organizada, por decirlo así, y a la sombra de las catedrales, al par de las escuelas, se levantan las casas de misericordia en toda Europa, gracias a la generosidad de los fieles, quienes con frecuencia, después de donar su fortuna para esa clase de fundaciones, entregaban heróicamente sus personas al servicio de los miserables, como los hermanos hos-

---

<sup>1</sup> Por vía de ejemplo no más, pues de otra manera nos haríamos interminables, alegamos aquí el siguiente pasaje de la regla monacal más antigua, la de San Pacomio: *Nemo manens in monasterio suscipiendi quempiam ad vescendum habeat potestatem; sed his mittet eum ad ostium xenodochii, ut suscipiatur ab his qui huic rei propositi sunt.* Y este otro de la historia Lausiaca de Paladio: *In hoc monte Nitriae una est maxima ecclesia. Prope ecclesiam autem positum est xenodochium. in quo venientem hospitem toto tempore accipiunt.* Migne, P. L. 23, 70; y P. G. 34, 1021.

pitalarios o los *fratres et sorores leprosororum* <sup>2</sup>. Hay que añadir que a esta competencia de la caridad entraba también la autoridad civil, representada por los reyes, como Carlomagno, que recuerda en una de sus capitulares que siguiendo la tradición de los Santos Padres, los bienes de la Iglesia, dones de la piedad de los fieles y precio de la redención de sus pecados, son el patrimonio de los pobres.

El hecho social de las fundaciones de caridad en la Edad Media, es bien protuberante; en cambio son relativamente pocos los textos legales que vamos a poder aducir. Por lo pronto, el célebre término de *causa pia*, empleado ya por los glosadores civilistas, no lo encontramos en el *Corpus Iuris* más que una vez, en una rúbrica del compilador San Raimundo de Peñafort; *hospitale*, que vino después a tener un significado genérico, ocurre con más frecuencia en las Decretales, no en el Decreto de Graciano <sup>3</sup>, y más a menudo aún, el vocablo heleno *xenodochium*, importado de Bizancio, como tuvimos ocasión de verlo en el anterior capítulo: en el *Decretum* una vez, a saber, en el c. 39 de la Causa xvi donde San Gregorio prohíbe que se elija como obispo al abad de un xenodocio de Autun en el reino de los Francos; y fuera de eso, en las Decretales unas dos o tres veces.

En éstas, en el título xxxvi que lleva por rúbrica, «de las casas religiosas en cuanto están sujetas al obispo» del libro iii, es donde más doctrina encontramos, aunque no ex-professo, sobre los institutos de caridad. Así por ejemplo, el capítulo iii reproduce una decretal del Papa Eugenio I del año 655 en que encarga a la solicitud de los obispos se ordene para utilidad de aquellos en cuyo favor fueron fundados. los xenodocios y otros lugares semejantes <sup>4</sup>.

Pero el texto más famoso de las Decretales, que había de renovar más tarde el Tridentino, es el cap. 2 del libro iii de las Clementinas, en el título xi y bajo la misma rúbrica, y

<sup>2</sup> Le Grand, *Les Maisons-Dieu. Leurs statuts au XIII e. siecle*, en *Revue des Questions historiques*, 1 juil. 1896, p. 101. Por lo que hace a los obispos de Roma, según el *Liber pontificalis*, estos Papas hicieron restaurar xenodocios: Esteban II, a. 752-757; Hadriano I, a. 772-795; Sergio II, a. 844-847; León III, a. 795-816; S. Gregorio I, a. 590-604 de patricio romano hecho monje, hizo construir un hospital a la puerta de su casa que había convertido en monasterio.

<sup>3</sup> Singular importancia, por haber dado lugar a los glosadores a hablar de las causas pías, tiene el texto *Decretum Gratiani* c. 2, C. 1, q. 2. *Hoc ius* —de no enajenar los bienes de la iglesia— *porrectum est ad omnem venerabilem locum, omneque collegium, quod actio pia constituit, ut nec res eorum pignoretur*, tomado por Graciano de una Constitución imperial de León y Antemio.

<sup>4</sup> *De xenodochiis et aliis similibus locis per sollicitudinem Episcoporum in quorum diocesi existunt, ad easdem utilitates quibus constituta sunt ordinentur.*

que reproduce un decreto del Concilio xv ecuménico de Francia, bajo Clemente V. Se dispone en él, en substancia, que los rectores de hospicios, leprocomios, hospitales, etc., no deben mostrarse negligentes en la administración de los bienes de esos institutos, ni abandonarlos a los usurpadores, o emplear sus réditos en provecho propio. Estos establecimientos no pueden conferirse en beneficio a un clérigo secular, sino que su administración será confiada a hombres idóneos y de buena reputación que deberán, a la manera de los tutores, prestar juramento, levantar inventario y rendir anualmente sus cuentas. Este decreto no se aplica a los hospitales de las órdenes militares o caballeros y monjes. Finalmente quiere el Concilio que se conserven las antiguas costumbres de esos lugares píos en cuanto a la administración en ellos de los santos sacramentos y la celebración de los divinos oficios <sup>5</sup>.

Es relativamente bien poco lo que sobre los institutos de caridad encontramos en el derecho canónico medioeval, no obstante lo florecientes que eran entonces. Se recalca a cada paso en esos pocos textos legales, el derecho y la obligación de los obispos de vigilar y mirar por ellos.

Algo más abundantes son los textos del Corpus iuris sobre fundaciones estrictamente tales, o sea las constituidas por una masa de bienes con un fin pío o caritativo. Así, al tratarse de los testamentos, se urge a los herederos y fideicomisarios la obligación de cumplir las últimas voluntades hechas con una intención sobrenatural, para socorrer a los desvalidos. Del *Decretum Gratiani* por ejemplo, aduzcamos estas palabras de San Gregorio a un subdiácono por nombre Sabino: «Es sacrilego y contra toda ley, el querer retener con prava voluntad, lo que se ha dejado a los lugares píos», término con que se designaba ya desde la legislación bizantina los institutos de caridad <sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Sería largo transcribir todo el texto latino de la decretal, por ello nos contentamos con la rúbrica, que es como sigue: *Ponens Constitutionis causam statuit hospitalia reformari per collatores ipsorum, et cogi rectores eorum ad conservationem locorum et suorum iurium, et ad hospitalitatem teneam statuens per locorum ordinarios suppleri defectum vel negligentiam collatorum, etiam circa exempta. Par. 1<sup>o</sup>. præcipit, hospitalia in beneficium non concedi, nisi in duobus casibus, et reprobatur contrariam consuetudinem, submittens quales esse debeant, quibus administratio ipsa committitur, et de ipsorum iuramento, inventario et ratione reddenda, et decretum apponit. Par. 2<sup>o</sup> declarat constitutionem non extendi ad hospitalia religiosorum et militarium ordinum. Par. 3<sup>o</sup> conservat antiquas consuetudines talium locorum circa divina officia et sacramenta.*

<sup>6</sup> c. 4, C. xvii, q. 4.; c. 4, C. xiii, q. 2, que es otra cita de San Gregorio: *ultima voluntas defuncti omnibus modis conservari debet*; y cc. 9, 10 y 11 de la misma cuestión y causa en donde se conmina con la excomunicación a los que no cumplen o tardan demasiado en cumplir con esas últimas voluntades, porque son, dicen las fuentes citadas, los que tal hacen, como asesinos de los pobres.

De las Decretales de Gregorio IX bástenos con citar y compendiar nada más, tres textos, los más explícitos y claros: sea el primero una decretal de Inocencio III del año 1119 en que manda al obispo de Lyon haga valederas las donaciones de posesiones en favor de monasterios u otros lugares religiosos, no obstante que se hubiesen hecho en la forma vulgarmente llamada *scotatio* <sup>7</sup>. Es evidente que el término *aliis religiosis locis* designa los establecimientos de caridad, por la contraposición al término *claustris*, monasterios. Aparece además claramente la causa de la donación, esto es, el motivo sobrenatural que implica toda causa pía, por las palabras *pro suorum vult remedio peccatorum conferre*: el donante da sus posesiones movido del deseo de expiar sus pecados o satisfacer por ellos <sup>8</sup>.

El segundo texto que aducimos es el c. 17 del título 26 *de testamentis et ultimis voluntatibus*, en el libro I. Se trata de una decretal de Gregorio IX en la que el Papa reclama contra el abuso de clérigos y laicos que constituídos ejecutores testamentarios, aplican a otros usos lo que el de cuius dejara para ser empleado en usos píos. Los obispos por lo tanto deben velar por la ejecución de todas las voluntades pías, y deben al efecto compeler a los ejecutores testamentarios, a fin de que esos bienes sean íntegra y fielmente empleados en usos píos, conforme a la voluntad de los difuntos <sup>9</sup>.

Y en el c. 19 —del mismo título y libro— también Gregorio IX, urge esta disposición en el caso de dos ejecutores testamentarios, uno clérigo, el otro laico, cumplan lo legado a los venerables y píos lugares, para cumplir así la última voluntad del testador <sup>10</sup>.

En vano buscaríamos en los textos citados o en otros de las Decretales, el término *Causæ piæ*, bien que ya andaba en las glosas de los romanistas boloñeses, que habían encontrado a mediados del siglo XI las Pandectas.

---

<sup>7</sup> Qué era *scotatio* se dice en la decretal citada: *in huiusmodi donationibus modicum terræ consuevit in manu accipere, vel in extremi palii quod manu prælati ecclesiæ sustinetur, aut super altare ponendum sub testimonio videntium et audientium*. Y en la edición del Corpus de Pithou, se dice en una nota: *Scot dicitur quod ex diversis rebus in unum acervum aggregatur*.

<sup>8</sup> c. 2, x, 1, 4.

<sup>9</sup> c. 17, x, 1, 26.

<sup>10</sup> c. 19, x, 1, 26.

Para los glosadores civilistas<sup>11</sup> las fundaciones piadosas van a la par de las iglesias, y al igual de ellas son clasificadas bajo el mote general de corporaciones, cuyos miembros son los pobres, los enfermos, en una palabra, los socorridos en el establecimiento caritativo. Prueba de ello sea el siguiente pasaje de la Suma del Placentino: *Hodie capit collegium decanorum, monachorum, sanctimonialium, et miserabilium personarum in xenodochiis degentium*<sup>12</sup>.

No se insinúa entre ellos la idea de lo que más tarde se llamaría una fundación.

Pero es más, ni siquiera los Decretistas se preocuparon de recoger para elaborarla y perfeccionarla, la teoría de los glosadores sobre la persona moral de los institutos de caridad, y así no hay tampoco en sus comentarios asomos de la fundación en sentido estricto<sup>13</sup>.

Como conclusión, debemos hacer hincapié en la afirmación de que tanto en el Decretum como en las Decretales, y de igual manera, en la doctrina de Decretistas y Decretalistas, se reconoce sin lugar a duda, de una manera práctica, la personalidad jurídica de los establecimientos caritativos: no otra cosa significa el que puedan poseer y adquirir bienes, y puedan obrar en juicio. Ésos establecimientos eran además equiparados en un todo a las iglesias y monasterios, como ya se observó; ahora bien, éstos tenían capacidad jurídica y gozaban de ciertos privilegios de que participaban también los institutos de caridad, tales como el derecho de asilo, hacer valederos los legados o testamentos informes en su favor, tiempo de usucapión más largo, exención de impuestos<sup>14</sup>.

Si la reforma protestante fue un golpe violento para la fe en Europa, para la beneficencia, para los pobres socorri-

<sup>11</sup> *Glossa* era el nombre dado a comentarios escritos en las márgenes de las colecciones jurídicas, que de ordinario consistían en una explicación literal del texto. Muy célebres entre otros, fueron Irnerio, Rogerio, Arberico, el Placentino y Acursio.

<sup>12</sup> Summa del Placentino, 1, 2. p. 3. Cita de Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. 3, p. 198.

<sup>13</sup> Gillet, P., *La personnalité juridique en droit ecclésiastique*, prueba que tanto los Decretistas como los Decretalistas no tenían otro concepto de la persona jurídica distinto de los romanos que no conocieron más que el *collegium*. Como ejemplo sirva este lugar de Hugucio, comentando la palabra *«actio piadal* c. 2, C. x, q. 2: *id est, actus ex pietate proveniens, hoc dicitur ut excludantur collegia laicorum sive licita sive illicita et comprehendit generaliter omnes ecclesias et xenodochia et brephotrophia et gerontocomia et nosocomia et huiusmodi*.

<sup>14</sup> Cf. v. gr. estas palabras del Decretalista Siniblado de Flisco, después Inocencio IV en su comentario al c. 3, x, II, 19: *Præbenda potest habere iura sua et possidere sicut episcopatus, abbatia, hospitale vel quæcumque alia domus vel administratio*. Citado por Gillet, o. c., p. 108 en la nota 1ª.

dos por la caridad cristiana de la Edad Media, fue una verdadera catástrofe. Y la causa es clara: las fundaciones de caridad eran obra sobre todo de los obispos, sacerdotes y monjes: la reforma, al secularizar los bienes eclesiásticos, y más que nada, al destruir ferozmente monasterios e iglesias durante las guerras religiosas, destruyó el apoyo de las fundaciones piadosas, secó las fuentes de la caridad.

Como sucede siempre, a la base de este hecho histórico de la destrucción de los establecimientos de caridad, está un error dogmático. Pero efectivamente, había sentado el falso principio de que la fe sin las obras es la que justifica; las obras de caridad —es consecuencia lógica inmediata— son inútiles para la salvación. Es inevitable entonces el desenfreno del egoísmo. Así, ¿qué de extraño tiene que el ambicioso Alberto de Brandeburgo se apodera en 1525 de los bienes de la Orden Teutónica de la que era gran maestro para proclamarse duque de Prusia, y que fuera imitado en seguida de los grandes y pequeños señores alemanes, que se lanzaban al asalto de los conventos y bienes de la Iglesia, para satisfacer sus pasiones con los dineros de los pobres? El propio Lutero llegó a confesar con admiración que admira a su vez, la decadencia de la caridad, merced a sus doctrinas. «Desde que se ha hecho oír a las gentes la palabra libertad, no hablan de otra cosa y se sirven de ella para rehuir el cumplimiento de todos los deberes. Si soy libre, raciocinan, puedo entonces hacer cuanto me venga en talante, y si no se salva uno por las obras, ¿por qué había de imponerse privaciones para hacer, por ejemplo, limosnas a los pobres? Si no dicen esto con estos formales términos, todas sus acciones denotan que este es su secreto sentir. Se comportan siete veces peor bajo el reino de la libertad que bajo la tiranía papal»<sup>15</sup>.

Y Jorge Witzel, sacerdote casado y luterano de la hora de prima, ve también claro, y escribe en 1535: «Reprocho a los reformadores el destruir casi por completo o de hacer inútiles los establecimientos fundados por nuestros mayores a gran costa suya en favor de los pobres, lo que es igualmente contrario a la justicia y a la caridad del prójimo. Les reprocho haberse apropiado los tesoros de las iglesias, sin que de ello resultara provecho para los pobres... Todo el mundo coincide en reconocer que los miserables llevan hoy día una vida aún más dura que antes, en tiempo de la Iglesia Romana»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Döllinger, I. von, *Die Reformation*, t. I.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

Gloria muy grande de la Iglesia Católica fue que en medio de tantas turbulencias causadas por la invasión del protestantismo, se hubiera reformado a sí misma por medio del Concilio de Trento. Los Padres de dicho Concilio vuelven su atención a todos los abusos y dictan reglas sapientísimas, provistas de las necesarias sanciones, para restablecer la disciplina y el orden. Los establecimientos de caridad no podían escapar a la vigilancia de los reformadores católicos, y eso recuerdan a quienes quizá lo hubieran olvidado, las tradiciones de los primeros siglos de la Iglesia y afirman contra los protestantes la imperiosa necesidad de las obras buenas para salvarse.

Los obispos deben apacentar sus ovejas, no sólo con la predicación de la palabra divina y la administración de los sacramentos, sino con el ejemplo de todas las obras buenas, y tomar paternal cuidado de los pobres y demás miserables <sup>17</sup>.

Los administradores de hospitales o asilos para los peregrinos o los enfermos, deben desempeñar con toda exactitud sus cargos y para ello los ordinarios de lugar vigilarán que todos los hospitales en general sean bien y fielmente gobernados, aun los que gozan del privilegio de exención, salvo los que estén bajo la inmediata protección de los reyes <sup>18</sup>.

Dichos administradores, fueren clérigos o laicos, deberán rendir cuentas anualmente al ordinario, sin que pueda alegarse privilegio o costumbre en contrario <sup>19</sup>. En el capítulo 8 ha poco citado, constituye el Concilio a los obispos como ejecutores natos de todas las liberalidades con fin pío, ya *mortis causa*, ya *inter vivos*. En cuanto a la conversión de los institutos de beneficencia, manda el Concilio que si los hospitales fundados para recibir una clase determinada de peregrinos, enfermos u otras personas, si en el lugar donde están no hubiere tales personas o en número muy exiguo, se destinen los bienes de la fundación a otra obra simil o más útil, según el tiempo y el lugar, pero esa conversión la hará el ordinario, asesorado por dos del capítulo, peritos en la materia y escogidos por el mismo ordinario, salvo siempre el caso de que el fundador, en el acta de fundación hubiere determinado lo contrario <sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Conc. Trid. Sess. XIII, de ref. c. 1.

<sup>18</sup> Conc. Trid. Sess. VII, de ref. c. 15; y Sess. XXII, de ref. c. 8.

<sup>19</sup> *Ibidem*, c. 9.

<sup>20</sup> Sess. XXV de ref. c. 8.

Finalmente, con palabras muy graves, conmina el Concilio con la pena mayor de excomuni3n reservada al Sumo Pontífice, a los usurpadores de los bienes eclesiásticos y de los establecimientos de caridad <sup>21</sup>.

Después del Concilio de Trento, en el siglo xvii y principios del xviii, se inaugura la edad de oro del derecho canónico, a decir de los historiadores del mismo. El método simplemente exegético de los textos legales se mejoró con los estudios filológicos, históricos y críticos introducidos por el Renacimiento, y fue entonces cuando florecieron los grandes tratadistas como Fagnano, Próspero Lambertini —el futuro Benedicto XIV— en Italia; Thomassin en Francia; Babosa, González Téllez en Portugal y España; Reiffenstuel, O. F. M., y los tres jesuítas Pirhing, Schmazgrueber y Picher en Alemania, por no citar sino los más conocidos <sup>22</sup>.

Estos tratadistas postridentrinos, por regla general, escribieron sus comentarios siguiendo el orden de las Decretales, de suerte que nuestra materia la tratan sobre todo al comentar el título xxxvi *De religiosis domibus ut episcopo sint subiectæ* del libro iii, y su doctrina es concorde y uniforme <sup>23</sup>. Se proponen ante todo la cuesti3n de si los institutos de beneficencia son *domus religiosa* que como tal estén sujetos a la vigilancia del obispo y gocen de los privilegios de ellas. Para absolver tal cuesti3n, distinguen muy atinadamente entre *locus sacer* —lugar sagrado— como son las basílicas, templos, etc., destinados al culto con la consagraci3n o bendici3n episcopal; la *domus religiosa* o *locus religiosus*, —lugar o casa religiosa— en sentido específico, que no han sido consagradas pero sí erigidas con autorizaci3n del ordinario, para ejercitar en ellas obras de piedad o misericordia, y *locus pius* o *domus pia* —casa o lugar pío— nombre con que se designan las casas fundadas para el ejercicio de obras de caridad, pero sin que ellas hayan sido consagradas ni haya intervenido para nada en su erecci3n la autoridad eclesiástica. Sin embargo esta última expresi3n, *locus, domus pia*, tiene en estos tratadistas a las veces, un sentido genérico, designando con ella también los *loca religiosa*. Quiere decir pues, que

<sup>21</sup> Sess. xxii de ref. c. 11.

<sup>22</sup> Cf. v. gr. Van Hove, A., *Commentarium Lovaniense in C. I. C.* vol. 1, t. 1. Prolegomena, p. 283; Zeiger, I., S. J., *Historia iuris canonici*, 1, p. 85.

<sup>23</sup> Cf. v. gr., Pirhing, E., S. J., *Universum Ius canonicum sec. titulos Decret nova methodo explicatum*, lib. iii, tit. 36; Reiffenstuel, A., O. F. M., *Ius canonicum universum*, ibidem. González Téllez, E., *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium Greg. IX*, lib. iii, t. 36; Schmalzgrueber, F., S. J., *Ius ecclesiasticum universum*, lib. iii, tit. 36.

dicha expresión tiene dos sentidos, lato el uno para comprender los establecimientos en cuya fundación interviene la autoridad eclesiástica, y otro estricto y específico, para designar precisamente los institutos profanos, erigidos sin intervención del ordinario del lugar.

Los establecimientos de caridad —que reciben el nombre genérico de *hospitale*, el correspondiente griego de *xenodochium* va desapareciendo— fundados con la intervención del obispo que son por ende lugares o casas religiosas en sentido estricto, están bajo la jurisdicción del ordinario de la diócesis en que están situados, de modo que la carga de la prueba pesa sobre el que alegare la exención, pues el obispo *habet intentionem in iure fundatam*, se decía entonces, esto es, la presunción de que caía bajo su jurisdicción estaba a su favor. Si el establecimiento era solo *domus* o *locus pius*, erigido con autorización del príncipe secular, estaba sometido a la jurisdicción episcopal del Ordinario del lugar únicamente en el caso que el patrono o el fundador hubieren muerto, pues el obispo, como ejecutor nato de las voluntades pías de los difuntos, debe mirar por que éstas se lleven a efecto.

En concreto la jurisdicción episcopal sobre los establecimientos de caridad abrazaba, primero, el derecho de vigilancia aun de los hospitales exentos, porque el Tridentino dio a los Ordinarios ese derecho, como *Delegados de la Santa Sede*<sup>24</sup>. En segundo lugar, el derecho de exigir cuentas a los administradores, lo cual se extendía a todos los lugares píos, aun no religiosos, sin que obstará para el ejercicio de ese derecho el que la cuenta debiera darse ya a otros designados por la costumbre, privilegio o estatuto particular. Podía sí el fundador, en el acta de fundación, —lo permitían los sagrados cánones— exonerar expresamente a los administradores de la obligación de rendir cuentas al Ordinario diocesano.

Dando Schmalzgrueber la razón de por qué el derecho de rendición de cuentas al ordinario vale aun para los administradores de hospitales que sean *loca pia* no más, dice: *huiusmodi loca, licet religiosa non sint, quando in eorum erectione auctoritas ecclesiastica non intercesserit, pia tamen sunt; piarum autem causarum generalem administrationem et curam habet episcopus*<sup>25</sup>. Cita que hacemos en honor del tér-

<sup>24</sup> Sobre el valor de la fórmula *tamquam Sedis Apostolicæ delegatus*, muy usual en el derecho tridentino, cf. Wernz, F. X., *Ius Decretalium*, II, n. 694.

<sup>25</sup> O. c. tit. 36.

mino celeberrimo de *causas pías*, que había ya adquirido carta de ciudadanía en el derecho, con un sentido objetivo.

Una tercera consecuencia se derivaba del carácter de loca religiosa de los *Hospitalia* erigidos con intervención de la autoridad eclesiástica, hoy diríamos con personería jurídica eclesiástica: su *perpetuidad e invariabilidad* de destinación. Estas fundaciones, destinadas para determinados usos o para aliviar la miseria de determinados pobres, no pueden, sin la autoridad eclesiástica, destinarse a otras personas o convertirse en otros usos aun píos. Vimos arriba la excepción que pone el Tridentino y los requisitos para la transformación de estas fundaciones. Lo que vale asimismo para hospitales que sean meramente *loca pia*, cuando el fundador hubiere muerto, de un modo análogo o como lo explicábamos del derecho de visita.

Está acorde por fin la doctrina postridentina en afirmar que los hospitales no son beneficios, en sentido canónico, ni pueden conferirse en título benefical, de modo que sus rectores o administradores, que pueden ser por otra parte, laicos, no reciben un beneficio sino un oficio o administración.

Por lo que respecta a estos rectores o administradores, podían ser laicos, como lo acabamos de observar, con tal de que fueran hombres idóneos para el oficio y de buena reputación, de suerte que pudieran regir los establecimientos y sus bienes útilmente, empleando los réditos de ellos fielmente en beneficio de los pobres y no en otros usos<sup>26</sup>. Debían prestar juramento, a modo de los tutores y hacer inventario de todos los bienes, muebles e inmuebles.

Tan abundante y clara doctrina sobre las causas pías se complementa, como es natural, con lo que nos dicen los Decretalistas, en especial los postridentinos, en el comentario al título xxvi del libro iii, rubricado *De Testamentis et ultimis voluntatibus*, y con especialidad al explicar el célebre cap. xi de Alejandro III, el famoso canonista Rolando Bandinelli, a los jueces de Velletri sobre los testamentos privilegiados en favor de las causas de piedad y misericordia. Así por ejemplo, Reiffenstuel expone largamente cómo es válido el testamento no obstante haberse omitido las solemnidades legales, con tal de que se haya guardado lo exigido por el derecho natural, cuando ese testamento haya sido otorgado en favor de una causa pía, entendiéndose por tal *omnia loca ac instituta*

---

<sup>26</sup> Cf. Pirhing, l. c. pár. 4, xvii.

*pia, qualia sunt ecclesia, monasteria, hospitalia, nosocomia, confraternitates, item pauperes omnes...* <sup>27</sup>

Es aquí precisamente, en el c. 11, III, 26, y en el título anterior, al tratar del destino que los clérigos deben dar a los bienes del beneficio que excedieren la congrua sustentación, donde los postridentinos nos dan la noción, ya perfectamente formada de la *causa pia*. Es interesante ver la definición que de ella trae el P. Luis de Molina, S. J. no menos célebre moralista que dogmático, definición muy citada y repetida en tratados y manuales posteriores. «Entonces, escribe Molina, se dice que se deja a favor de una causa pía, cuando se deje en bien del alma propia, como cuando se deja una limosna para los pobres, o para un monasterio, o para una iglesia, o para redimir cautivos, o para dotar una huérfana, o para el culto divino, en sufragio de su alma o la de los otros fieles difuntos. En una palabra, lo que principalmente se hace por Dios, o en satisfacción de los propios o ajenos pecados, se llama cosa o causa pía» <sup>28</sup>. Y el doctor navarro, Martín de Azpilcueta, citado aquí por Molina, observa: «Cuáles sean las obras pías, nadie encuentro que lo explique a cabalidad, aunque muchos lo tocan... todas y solas las obras pías que pertenecen al culto divino, la piedad y la misericordia. Por eso son tales todas las obras que principalmente se hacen por Dios —*propter Deum*— las obras de misericordia espiritual y las siete de misericordia corporales» <sup>29</sup>. Más concisa y comprensiva es la definición que tenemos en el libro *De causis piis* impreso en Lyon en 1686, cuyo autor es el español Mostazo y que dice así: «Hay causa pía cuando se da algo por Dios, para el culto divino y otras obras de misericordia, por bien del alma» <sup>30</sup>.

Como se ve, es pues muy amplia la noción de obra o causa pía. Se debe sí notar, por ser de capital significación para la interpretación del derecho del Código, cómo la nota característica en la noción de causa pía, es la intención sobrenatural del que hace la liberalidad: *Dei, finisque supernaturalis intuitu*, por Dios o por la salvación del alma. Es precisamente esa intención o fin del operante, el que hace tan amplia la noción, de suerte que esa intención pía puede hacer que la liberalidad hecha a un instituto no pío, sea en la nomenclatura jurídico-canónica, una verdadera causa pía.

<sup>27</sup> Reiffenstuel, o. c. in hunc titulum, paragrapho vi<sup>o</sup>.

<sup>28</sup> Molina, L., *De iustitia et iure*, tract. II, Disp. 134.

<sup>29</sup> Azpilcueta, M., *De reatibus beneficiorum ecclesiasticorum*, Mon. 29.

<sup>30</sup> Mostazo, F., *De causis piis*.

Puede darnos una idea muy clara de la amplitud de la causa pía, un catálogo que nos presenta Mostazo en el capítulo segundo de su obra ya mencionada. Es causa pía 1) lo que se deja a los pobres; 2) lo que se deja por la salvación del alma o satisfacción de los pecados, una suma de dinero para la celebración de misas con esos fines; 3) lo que se deja a los hospitales, bien que éstos no sean lugar sagrado, porque allí se ejercitan obras de caridad; 4) lo que se deja a los altares, oratorios o imágenes; 5) lo que se deja a las confraternidades si erigidas eclesiásticamente, por ser entonces religiosas; si no, en la hipótesis de que se ejerciten allí obras pías, pues entonces parece que se deja no a las personas de la confraternidad sino a las obras pías; 6) lo que se deja para la redención de cautivos; 7) la dote que se da a una joven para que contraiga matrimonio, si es pobre; 8) la pensión alimenticia que se deja a un pobre; 9) el legado para que una joven ingrese al claustro; 10) el legado para que una mujer de mala vida se convierta; 11) el legado para estudios, pues los estudiantes, en opinión de Mostazo, se cuentan entre las personas miserables (*cum scholares inter personas miserabiles anumerentur*); 12) lo que se deja para los seminarios; 13) para construir un monasterio; 14) para construir un monumento, en un cementerio o iglesia; 15) para reparar iglesias; 16) para las viudas, pupilos, si son pobres, pues son personas miserables; 17) por fin, para los Monte-píos, pues prestan dinero o grano a los pobres<sup>31</sup>. Sin duda que esta lista ya tan copiosa, se puede acrecer con otros ejemplos de causas pías en uso en el siglo xvii, como los legados para la conversión de los indígenas de Indias, de modo que el catálogo de Mostazo transcrito, tiene un valor de ejemplo y no es exhaustivo.

---

<sup>31</sup> O. c. cap. II.

TERCERA PARTE  
DERECHO ESPAÑOL INDIANO SOBRE FUNDACIONES PIAS

Fundaciones pías en la Colonia.

Legislación de la Recopilación de Indias.

**E**NTREMOS a estudiar el derecho colombiano sobre las fundaciones de caridad. No está por demás echar una rápida ojeada a la legislación vigente en el período denominado la *Colonia* en nuestra historia. Nos fijaremos más que en el derecho de la Península, en el llamado *Derecho indiano*, esto es, las normas jurídicas dictadas por los monarcas españoles como aplicables en sus colonias de Hispano-América o Indias Occidentales, cual se las llamaba entonces, codificado casi todo en las muy célebres *Leyes de Indias* en el año de 1680, de mandato de Carlos II <sup>1</sup>.

También en nuestra Patria, —hay que notar lo desde el principio— la página de la beneficencia y del efectivo socorro del menesteroso, la escribió la Iglesia Católica, como lo persuade una mirada a la historia. Ella efectivamente nos dice que el primer arzobispo de Santa Fe, Fray Juan de los Barrios, franciscano, hizo donación en 1564 de sus casas para que sirvieran de hospital de pobres, nombrando por patronos de su fundación a sus sucesores; fundación que fue completada con la cuantiosa herencia del P. Merchán <sup>2</sup>. Eclesiásticos igualmente fueron los fundadores de hospitales en varias ciudades importantes, como escribe el valiente polemista católico D. José Joaquín Ortiz: «Ved al P. Francisco Fernández fundando el hospital de Cartagena; al P. Fabián Díaz, el de Panamá; y al P. Juan de Burgos, el de Natá (?); al P. Francisco González, el de Santa Marta; y el de Cali a los PP. Juan de Heredia y Juan de Umaña; y el de Honda al P. Pedro Sánchez García; y el de Cúcuta al P. Domingo Cancino; y el de Medellín al P. Marcelino Trujillo; y el de Piedecuesta al P. Juan Nepomuceno Guevara» <sup>3</sup>.

Es justo referir cómo los muy cristianos presidentes y virreyes que representaban en estas tierras al Rey católico, se preocuparon explícitamente en hacer fundaciones benéficas para aliviar las miserias corporales. Cuenta nuestro historia-

---

<sup>1</sup> Cf. Ots y Capdequi, J. M., *Manual de Historia del derecho español en las Indias*. Cap. Las fuentes del derecho indiano; Gómez Hoyos, R., Pbro., *Las leyes de Indias y el derecho eclesiástico*, cap. III.

<sup>2</sup> Ibáñez, P. M., *Papel Periódico ilustrado*, 1883, p. 278, cita de Fernández, J. M. y Granados, R., S. J., *Obra civilizadora de la Iglesia en Colombia*.

<sup>3</sup> Ortiz, J. J., *Cartas a un sacerdote católico*, citadas ibidem.

dor D. José Manuel Groot, que el Presidente don Martín Saavedra «queriendo erigir una obra de beneficencia pública que perpetuase su memoria en el Nuevo Reino, informó al Rey sobre la necesidad de establecer en Santa Fe una casa de expósitos y que juntamente sirviese de recogimiento»<sup>4</sup>. Y que el Virrey Flórez en 1776, en ejecución de una cédula real de dos años atrás sobre establecimiento de casas de hospicio para pobres, reorganizó el que ya existía en Bogotá, en colaboración del arzobispo señor Alvarado Castillo, disponiendo que las limosnas y socorros que se solían dar a los pobres en las casas y en las porterías de los conventos, se dirigiesen en adelante al hospicio. Practicó por esos mismos tiempos una visita con el fin de mejorar los hospitales, Fray Nicolás de la Concepción Delgado, de la Orden de los Hospitalarios, a cuya desvelada caridad y abnegación estaba encomendado el gobierno de ellos<sup>5</sup>. Normas muy pormenorizadas, en consonancia con el espíritu de cesaropapismo dominante en la época, sobre el modo de administrar los hospitales de Indias, había impartido Felipe IV en 1625, a los dichos religiosos hospitalarios, que son la ley 5ª del título iv, libro 1º de las Leyes de Indias.

Un último ejemplo y muy eximio de fundación caritativa en este período, no queremos dejar de aducir, de iniciativa privada, debida al espíritu genuinamente cristiano de dos cónyuges de Mompo, Pedro Martínez de Pinillos y Manuela Tomasa Nájera. En la relación de méritos y servicios de Pinillos se nos refiere:

«...conocimiento cuán grato es a los ojos divinos el establecimiento fundación de aquellas obras piadosas, al mismo tiempo ceden en su mayor honor y gloria, resultan también en beneficio e instrucción de los fieles, socorro de las misericordias y alivio de los necesitados y especial consuelo de los oprimidos de las enfermedades y demás calamidades, deliberaron de su espontánea voluntad, mediante carecer de hijos y otros herederos forzosos, hacer en vida varias fundaciones...; con unas miras tan interesantes en beneficio público, entraron ambos esposos en la idea de erogar una parte considerable de sus fondos en algunos establecimientos útiles a la enseñanza pública, provechosa a la humanidad y a lo más propios al fomento de la industria y comercio. Con ese objeto, en escritura que otorgaron ambos cónyuges en dicha villa de Mompo, en 28 de mayo de 1801 impusieron sobre sus bienes el capital de 81.300 pesos con aplicación de sus réditos a la erección de dos escuelas; a la de un colegio; a la dotación de una comida diaria para los presos de la cárcel, y que el sobrante del rédito señalado a esta obra pía se repartiera por el procurador general, dando a cada preso medio real los domingos.

<sup>4</sup> Groot, J. M., *Historia eclesiástica y civil de Nueva Granada*, t. 1, c. 16.

<sup>5</sup> Groot, o. c. II, cap. 31.

Asimismo fundaron Pinillos y su esposa un hospicio que también fuese hospital de hombres y mujeres, bajo la advocación del sacro nombre de Jesús; de modo que en este hospicio no solo se atiende a recoger personas miserables y verdaderos mendigos sino al mismo tiempo sea también hospital para la curación de hombres y mujeres.

Habiendo acreditado la experiencia el considerable deterioro y total ruina que han padecido varios ramos de capellanías y obras pías cuyos principales se han reconocido en haciendas de todas clases y porciones de casas, deseando por su parte estos consortes evitar en estas fundaciones semejantes quebrantos y establecerlos bajo pie de seguridad y permanencia, resolvieron que, redimidos que fuesen por ellos aquellos principales, pasasen al cuerpo de comerciantes de la misma villa insinuada de Santa Cruz de Mompo<sup>6</sup>.

Se hace mención en la relación de méritos trascrita, de una institución muy frecuente en aquellos tiempos: las *capellanías*, que no eran otra cosa que una fundación en sentido estricto, por la cual se imponía la celebración de cierto número de misas anuales en determinada capilla o altar, afectando para ello la renta de los bienes que se especificaban.

Ejemplo de estas fundaciones, el primero de que consta en nuestra historia, es el de los fundadores de Bogotá, como lo refiere el obispo Piedrahita, que pone en boca del capellán de la expedición de Jiménez de Quesada, este discurso:

No parece bien en hombres y caballeros tales, mostrarse ingratos y olvidadizos de tantos compañeros dignos de eterna fama, como los que han muerto entre los peligros del hambre y de la guerra en las montañas del río Grande, sin haber conseguido el premio de sus inmensos trabajos, teniéndolo merecido por ellos; pues ninguno ignora que fueron ellos los primeros en allanar las dificultades de los caminos por entre montes y ciénagas; son ya despojo de la muerte, sin que por esto se hagan incapaces ni indignos de entrar en la parte con todos, y para no dar nota que baste a desdorar nuestros hechos, es justo que las almas de aquellos héroes sean los herederos de los trabajos del cuerpo, disponiendo que sean socorridos con sacrificios y buenas obras, fundando a este fin una memoria perpetua de misas<sup>7</sup>.

Fray Pedro Simón que cuenta lo mismo que Piedrahita, añade: «que no hubo alguno que no acudiese a ofrecer según la generosidad de su ánimo: con que se juntó una porción de tres mil pesos escasos, de todo oro, que de a veinte quilates reducido montó a mil seiscientos ochenta pesos, como lo dice el mismo General don Gonzalo Jiménez de Quesada en su testamento, debajo del cual murió, otorgado en la ciudad de Mariquita el año 1579»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Groot, J. M., o. c. II, cap. 41.

<sup>7</sup> Groot, J. M., o. c. I, cap. v.

<sup>8</sup> Groot., J. M., o. c., *ibidem*.

La legislación colonial, como queda dicho al principio, la encontramos en ese Código admirable de humanitarismo cristiano, que honra a España como nación colonizadora, la Recopilación de Leyes de Indias. Todo un título, el cuarto del libro primero está dedicado a tratar de los hospitales. Pasamos pues a referir algunos de esos textos legales.

La primera de las leyes del título y libro citados, recoge una ordenación del Emperador Carlos Quinto, dada el año de 1541, donde manda a los virreyes y audiencias, fundar hospitales en todos los pueblos de españoles e indios. Estos hospitales, como en general los establecimientos de caridad en su mayoría, estaban bajo el *regio patronato* y para su erección se necesitaba licencia del rey<sup>9</sup>. En señal de ese regio patronazgo —tal se decía entonces— en las puertas debían ponerse las armas reales y no otras<sup>10</sup>. En los hospitales empero, fundados por los particulares, podían éstos dar el patronato a otras personas, salvo siempre la jurisdicción sobre lugares píos que el derecho común concedía a los obispos<sup>11</sup>. Más aún, daban permiso los reyes para que los Ordinarios diocesanos visitasen los hospitales que estaban bajo su protección, no obstante que el Tridentino los hubiese eximido de esa visita, procurando que ella coincidiese con la de los oficiales civiles, «para excusar embarazo»<sup>12</sup>. A la rendición de cuentas al Ordinario, debían asistir también los Diputados de la ciudad, «para poder representar lo que hubiere contra ellas»<sup>13</sup>. La visita debía practicarla el Ordinario sin que causara ningún derecho a su favor, como expresamente lo ordenó Felipe IV en 1633.

El gobierno de los hospitales en Indias por lo común se confió a la Orden recién fundada del español San Juan de Dios, apóstol de los enfermos, dando el monarca Felipe IV ordenaciones muy precisas, en demasía, sobre ese modo de administración o gobierno, por cédulas de 4 de setiembre de 1652, que se incorporaron en treinta párrafos que forman la ley 5<sup>a</sup> del título primero del Código indiano.

En cuanto a la dotación de estos institutos de caridad, a lo ya dicho arriba de que eran fundaciones debidas ya al erario público, ya a la caridad de los fieles, ya sobre todo a la operosa caridad de los clérigos, como Fray Juan de Zumá-

<sup>9</sup> Ley 2<sup>a</sup>, tít. vi, lib. 1.

<sup>10</sup> Ley 42, tít. vi, lib. 1 y ley 10, tít. iv, lib. 1.

<sup>11</sup> Ley 43, tít. vi, lib. 1. Cf. Solórzano, J., *Política indiana*, t. II, lib. IV, cap. III.

<sup>12</sup> Ley 22, tít. II, lib. 1.

<sup>13</sup> Ley 6<sup>a</sup>, tít. IV, lib. 1.

rraga, el santo Pastor que contó entre sus ovejas al afortunado indiecito Diego, en cuya tilma pintó el Cielo la imagen de Santa María de Guadalupe, que fundó el hospital de Méjico <sup>15</sup>, añadamos como cosa curiosa que a esa dotación contribuían los propios indios con un impuesto de un tomín que debían depositar en manos de los corregidores o alcaldes mayores de sus pueblos <sup>16</sup>. Fuera de eso, tres novenos de las cuatro en que se dividían los diezmos, se destinaban para la fábrica de Catedrales y hospitales <sup>17</sup>.

Al rey Felipe IV se le relató en el Consejo de Indias, en 1651, que por falta de recursos, no podía el hospital de San Lázaro de Cartagena, asilar y cuidar a los leprosos «que andan divertidos (dispersos) por la ciudad y estancias, de que resulta el quedar otros muchos tocados de aquel contagio». Para remediarlo concede el rey al hospital el derecho de anclaje de los navíos que llegaban a Cartagena <sup>18</sup>.

Acerca de las capellanías o fundaciones de Misas, no hallamos legislación *ex professo* en el cuerpo legal de Indias; pero es sabido que se aplicaba aquí con carácter de supletorio, el derecho castellano, según el cual esas capellanías podían ser laicales o profanas o mercenarias y colativas, según que interviniese o no la autoridad eclesiástica en su erección y fiscalización de patrimonio afectado a ese fin pío.

Entre las obras pías más favorecidas en los tiempos coloniales, además de las ya citadas, mencionan los canonistas hispano-indianos, las mandas para la conversión de los gentiles y para las guerras religiosas contra los turcos <sup>19</sup>.

Los bienes de estas fundaciones fueron inalienables e imprescriptibles, como los de todas las fundaciones eclesiásticas en general, hasta que en 1789, por cédula del Consejo de 25 de setiembre, gobernando Carlos IV, mal aconsejado por su Gabinete de «Filósofos» ordenó «enajenar los bienes raíces pertenecientes a Hospitales, Hospicios, Casas de misericordia, reclusión y expósitos, Cofradías, Memorias, Obras pías y Patronatos de legos, poniéndose los productos de estas rentas, así como los capitales de censos que se redimieren pertenecientes a estos establecimientos y fundaciones, en mi Caja

<sup>15</sup> Así consta en la ley 10, tít. iv, lib. 1.

<sup>16</sup> Ley 7, tít. iv, lib. 1.

<sup>17</sup> Ley 23, tít. xvi, lib. 1.

<sup>18</sup> Ley 4, tít. xvi, lib. 1.

<sup>19</sup> Cf. v. gr. Murillo-Velarde, *Cursus Iuris canonici Hispani et Indici*, t. II, tít. xxxvi, 237. *Utinam* —dice allí el autor— *qui in his Indiarum regnis facili negotio tot opes acquirunt aliquid ad hunc finem* (la conversión de los infieles) *applicarent*: ojalá que los españoles, que se enriquecen en estos reinos de Indias con tan poco trabajo, aplicaran algo a este fin.

de amortización, baxo el interés anual de tres por ciento...» «se invite —concluye el Monarca absolutista— a los Muy RR. Arzobispos, RR. Obispos y demás Prelados eclesiásticos seculares y regulares a que promuevan espontáneamente por un efecto de su zelo por el bien del Estado, la enajenación de los bienes correspondientes a Capellanías colativas y otras fundaciones eclesiásticas, poniendo su producto en la Caja de amortización con el tres por ciento de renta anual»<sup>20</sup>.

Esta ley, primer eslabón de la cadena de despojos que sufrieron los bienes de la Iglesia el siglo pasado, se hizo efectiva aquí por medio de la llamada «Junta suprema de consolidación», compuesta del Virrey, el Ordinario diocesano y otros ministros del tesoro<sup>21</sup>.

Desde luégo en Europa, ya para el siglo xvii el riego de las teorías del Enciclopedismo, había empobrecido la savia cristiana casi al punto de secar el árbol fecundo y secular de la caridad. Son los tiempos en que se cree más a los cálculos de la economía política que al Evangelio y la idea de que el socorro es un derecho para el indigente, que debe ser asegurado por un servicio público organizado y dirigido exclusivamente por el Estado, es difundida por todos los publicistas y aceptada como verdad indiscutible. La Revolución francesa —preparada por el Iluminismo— lleva a cabo las teorías de los enciclopedistas sobre la laicización o secularización de los bienes eclesiásticos. A propuesta precisamente del célebre Tayllerand, obispo de Autun, la Asamblea puso a disposición del Estado, el rico patrimonio eclesiástico<sup>22</sup>.

Desde entonces, la nomenclatura misma se laiciza, por decirlo así, y los nombres de causas pías, institutos de caridad, etc., son substituídos por los de beneficencia, filantropía, etc. Se socorre también al pobre, no puede negarse, pero muchas veces por motivos distintos del de la caridad cristiana, no pocas por motivos de egoísmo. Soplando tales vientos por el mundo, despliegan sus banderas como soberanas, las nuevas naciones americanas, otrora colonias de España.

<sup>20</sup> Ley 22, tít. v, lib. 1 de la Novísima Recopilación.

<sup>21</sup> Cf. Groot, J. M., o. c. t. II, cap. 42.

<sup>22</sup> El 10 de octubre de 1789 Tayllerand subió a la tribuna para leer su moción: comenzó por enumerar las necesidades apremiantes del Estado, a demostrar la inutilidad de los remedios propuestos por los anteriores oradores; después pasando revista a todas las riquezas públicas o privadas, fingía buscar como indeciso, dónde descubrir los nuevos apremiantes recursos. Así vino a hablar, como de la cosa más natural, de «una operación sobre los bienes eclesiástico», es decir, de la desamortización. Cf. de la Gorce, P., *Histoire religieuse de la Révolution française*, t. I, lib. III, pág. 140.

## CUARTA PARTE

### DERECHO COLOMBIANO ANTERIOR A LA LEY 93 DE 1938

Legislación del régimen de Patronato y del de separación.

Normas constitucionales de 1886.

Cláusulas concordatarias.

Disposiciones del Código civil.

Otras disposiciones legales.

**P**RESENTAMOS en esta parte cuanto sobre beneficencia dispone el derecho colombiano anterior a la ley 93 de 1938 y al decreto número 685 de 1934, porque a decir verdad, esos decreto y ley son el estatuto orgánico de las instituciones de utilidad común.

Para el tiempo en que se expiden nuestras primeras leyes, las fundaciones debidas a la caridad cristiana y por ella entregadas a la Iglesia, habían sido laicizadas, como quedó dicho al final del capítulo precedente. Con todo, estas primeras leyes no están inspiradas en el espíritu de la época, pues los próceres de la Independencia, imbuídos sí en las ideas libertarias de la Revolución francesa, respetaron siempre a la Iglesia y reconocieron sus derechos. Más aún, por un fenómeno histórico-jurídico muy interesante, el Estado se creyó heredero legítimo de un privilegio pontificio otorgado a los reyes de España: el del Patronato.

Julio II en la muy famosa bula *Universalis Ecclesiae* de 28 de julio de 1508 concedió a los reyes españoles, con el fin de interesarlos en el envío de misioneros y en la dotación de catedrales y parroquias de las Colonias, el privilegio del Patronato perpetuo. Con ello se hizo, claro está, demasiado dependiente de Madrid la naciente Iglesia de América, y más aún con el advenimiento al trono español de los Borbones. Felipe V que introdujo en España y por consiguiente en América, el regalismo del siglo xviii, que subió de punto con la Revolución francesa, pues allí se pretendió organizar a la Iglesia y a sus ministros como simples empleados del Estado democrático, con la constitución civil del clero. Pues bien, al independizarse de España los Estados de América, creyeron

que el privilegio personal concedido a los Monarcas católicos, formaba parte también del patrimonio jurídico <sup>1</sup>.

Así, por lo que hace ya a nuestra Patria, de muy buena fe el legislador de 1824, por la ley de 28 de julio, declaró por sí y ante sí, «que la República de Colombia debe continuar en el ejercicio del derecho del Patronato eclesiástico». Y no lo restringían a la presentación de candidatos para los beneficios eclesiásticos, sino que era interpretado como la potestad de legislar sobre materias eclesiásticas en general. El ordinal 4º del artículo 5º de la mencionada ley, le atribuía al Congreso la facultad de «permitir o no la fundación de nuevos monasterios y hospitales; suprimir los existentes, si lo considera útil, conveniente y oportuno; dar destino a sus rentas, y bien formar los estatutos que han de regir en los hospitales, o aprobar los que se presenten, si la fundación es obra de un particular, de una compañía o cuerpo y el erario nacional no tuviere que hacer gastos en ella <sup>2</sup>.

El mismo sentido de intervención indebida del poder civil, tiene otro decreto de 24 de diciembre de 1828 de Bolívar, en que se asignan muy por menudo las funciones de los síndicos y mayordomos de los hospitales de San Juan de Dios <sup>3</sup>. En cambio otro decreto del mismo Libertador Presidente de 21 de enero de 1830, viene a subsanar una grave injusticia inferida a las fundaciones de caridad por la ya citada ley de 10 de julio de 1824, en el primer considerando dice Bolívar: «...subsistiendo la disposición del artículo 11 sobre extinción de mayorazgos, pudieran frustrarse muchas fundaciones piadosas, con grave perjuicio del culto y otros establecimien-

---

<sup>1</sup> Los próceres pensaron —y no les faltaba razón— que si ellos ejercitaban el patronato nombrando directamente los obispos, desaparecía el poder español en América y era reconocida, cuando menos indirectamente, la independencia de España. Cf. Leturia, P., S. J., *La acción diplomática de Bolívar ante Pío VII*, introducción, y Gómez Hoyos, R., Pbro., o. c., cap. 1, p. 29 ss.

<sup>2</sup> Ya antes de la ley de Patronato habían sido dadas algunas leyes sobre la materia eclesiástica: por ejemplo, siempre dentro del ramo de las obras pías, el Congreso, por decreto nombra patrono de la obra pía que fundó el Dr. Marcelino Ranjel, en Mérida, al obispo de dicha diócesis, y en su defecto a la Municipalidad. «Corresponde al cuerpo legislativo —leemos en los considerandos— dictar las resoluciones convenientes para la conservación de los establecimientos de beneficencia, o de los capitales que les corresponden, para la legítima inversión de sus réditos». *Codificación nacional*, t. 1, p. 130 ss. Y la ley 10 de julio 1821, citada en el texto que extingue los mayorazgos, vinculaciones y substituciones, prescribe el artículo 8: «es nula toda fundación de capellanías o patronatos de legos que se haga con cláusula directa o indirecta de no enajenar los bienes en que consista la fundación». Y por el artículo 5º se permitía la venta de las fincas todas correspondientes a capellanías y patronatos de legos o cualquiera otra obra pía. *Cod. nal.*, t. 1, p. 332.

<sup>3</sup> *Cod. Nal.*, t. III, p. 519

tos de beneficencia y utilidad pública, por el desagrado y desconfianza que son consiguientes a la decadencia de las rentas». Abroga en seguida la disposición en cuestión, dejando en libertad de vender en almoneda o privadamente, según mejor convenga, los bienes raíces que por cualquier razón se dejaren en lo sucesivo a las manos muertas <sup>4</sup>.

En años posteriores no deja el Congreso de dictar leyes en ejercicio del usurpado Patronato, sobre instituciones de beneficencia, en general para auxiliarlas pecuniariamente; cite mos las siguientes: la de 5 de agosto de 1833 establece tres Lazaretos y reglamenta su dotación <sup>5</sup>. El decreto de 22 de mayo del año siguiente, que asigna una pensión de cinco mil pesos anuales «para el establecimiento y conservación de la casa de refugio que se ha creado en esta capital, que deberán tomarse de la cuarta arzobispal» (!) <sup>6</sup>. La ley de 28 de mayo de ese mismo año de 1834 exime del impuesto de alcabala y derechos de registro de hipoteca, los capitales de nueva imposición para sostener con los réditos la enseñanza pública y las casas de refugio establecidas o que se establezcan en la Nación <sup>7</sup>.

La casa de refugio de Bogotá fue nuevamente auxiliada por el Congreso de 1836, con un buen por qué, a saber, los réditos del principal de trece mil pesos, de que «dispone la Junta General de diezmos del Arzobispado», porque naturalmente el Patronato se extendía hasta disponer de los bienes eclesiásticos <sup>8</sup>. Apenas sí encontramos año de este período de Patronato que duró hasta 1852, en que no se auxiliase con dineros por lo general del erario público, los institutos de beneficencia, no sólo de la capital sino también de las Provincias. En 1840 se destina el edificio y capitales del extinguido convento de San Francisco en Cartagena, para casa de beneficencia <sup>9</sup>, en 1841 el Congreso exime de toda contribución provincial, municipal y comunal, los bienes y rentas de los establecimientos de pública beneficencia y caridad <sup>10</sup>; el 11 de marzo de 1846 decreta el Congreso la aplicación de la renta de diezmos que correspondería a los hospitales por fundar, a los ya fundados en cada provincia <sup>11</sup>. Por ley de 15 de marzo

<sup>4</sup> Codificación nacional, t. iv, p. 154.

<sup>5</sup> Codificación nacional, t. v, p. 139.

<sup>6</sup> Codificación nacional, t. v, p. 304.

<sup>7</sup> Codificación nacional, t. v, p. 321.

<sup>8</sup> Codificación nacional, t. vi, p. 55.

<sup>9</sup> Codificación nacional, t. viii, p. 533.

<sup>10</sup> Codificación nacional, t. ix, p. 277.

<sup>11</sup> Codificación nacional, t. xi, p. 238.

del siguiente año, se autorizó a las Juntas o corporaciones que manejan las rentas de establecimientos de «pública piedad, caridad, beneficencia o instrucción», para que puedan celebrar contratos cediendo el todo o parte de los réditos vendidos y aun parte del valor principal, a los que descubran fincas, principales u otros bienes, derechos o acciones que deben pertenecer a tales establecimientos»<sup>12</sup>. Ese mismo año, por decreto igualmente del Congreso, en 20 de marzo, el hospital de Mompox recibe estas concesiones: primera, la Cámara de Mompox podrá imponer hasta un real por cada fanega de sal que se introduzca para el consumo, y hasta tres reales mensuales a cada venta de aguardiente de caña, renta que ingresará al hospital; y la segunda, dos mil cuatrocientos reales del tesoro nacional<sup>13</sup>. Con dos decretos del Congreso, de 30 de marzo el uno y de 29 de abril el otro, fueron favorecidos dos establecimientos de beneficencia en Cartagena: por el primero se autorizó a la Cámara provincial para imponer un derecho de ocho reales sobre cada barril de harina extranjera, en beneficio del hospital de caridad, y por el segundo se aplica el servicio personal subsidiario de los habitantes de Cartagena a la reparación de la casa de beneficencia<sup>14</sup>.

Tocó a este mismo Congreso dar la más importante ley, el 10 de mayo, sobre nuestra materia, porque venía precisamente a derogar las disposiciones absolutistas de la de Patronato a que tantas veces nos hemos referido. Allí se asignaba al Congreso la facultad de permitir o prohibir la erección de los institutos de beneficencia y de imponer los estatutos o cuando menos aprobarlos. Por la ley presente, muy cuerda-mente concedió el legislador, o reconoció más propiamente, la libertad que pide el derecho natural. «Toda corporación municipal y toda compañía o persona privada pueden establecer hospitales, hospicios o demás institutos de beneficencia con sus propios recursos, sin previo permiso de las autoridades nacionales, pero con sujeción a las leyes y reglamentos de policía», reza el artículo 1º. Y el 2º es de este tenor: «Las personas o compañías privadas que funden hospitales u otros establecimientos de beneficencia pueden reglamentarlos de la manera que lo estimen conveniente»<sup>15</sup>.

Por qué se operó este cambio, que implica una renuncia al Patronato eclesiástico que tan celosamente venía ejercien-

---

<sup>12</sup> Codificación nacional, t. XII, p. 11.

<sup>13</sup> Codificación nacional, t. XII, p. 103.

<sup>14</sup> Codificación nacional, t. XIII, p. 42 y 62.

<sup>15</sup> Codificación nacional, t. XIII, p. 79.

do el gobierno, no lo hemos podido averiguar, ni a él hace alusión el Presidente de la República, Tomás C. de Mosquera, en su mensaje al Congreso de 1849, ni el Secretario de Relaciones exteriores, a cuyo cargo estaba por entonces la beneficencia <sup>16</sup>.

En todo caso, comprendió oportunamente el legislador que la beneficencia pública, aun por razones de pura técnica, debe tener el carácter de supletoria de la privada, pues no es moral ni siquiera conveniente que la asistencia pública suplante por entero a la privada: «la asistencia y la beneficencia privada —escribe un perito en la materia— no tienen ni el mismo fin ni los mismos medios. Cada cual tiene sobre la otra sus ventajas y sus inconvenientes. La asistencia pública es segura, provista de recursos abundantes; muy rara vez será discreta; le falta siempre ductilidad, porque siempre es seca y reglamentaria; no sabe alentar, y sobre todo prescinde de moralizar» <sup>17</sup>. El Estado, añadimos, responsable ante todo del orden, está en el derecho y en el deber de intervenir para socorrer las innumerables miserias nacidas del desorden, pero esa intervención no puede significar la supresión de la caridad o el simple humanitarismo de los particulares; como éstos no pueden alcanzar a socorrer todas las necesidades de los indigentes, el Estado debe entrar a suplir esa incapacidad. Esto precisamente da lugar a las dos formas de la beneficencia: la privada y la pública, que recibe hoy más ordinariamente el nombre de asistencia pública.

En las legislaturas posteriores, aun bajo el régimen de separación, sobrevenido en 1852, régimen que aquí, lo mismo que en otras partes equivalió a persecución del Estado a la Iglesia, no dejaron de darse algunas leyes en pro de los establecimientos de beneficencia. Tal la ley de 17 de marzo de 1857 sobre fundación de un establecimiento para la curación de la elefancia, con una dote de cuatro mil pesos anuales del

---

<sup>16</sup> ¿Sería quizás por iniciativa del Ejecutivo, como lo fue la ley dada dos días antes de la nuestra, por la que se declaraba libre en todos sus ramos la enseñanza? Esta hipótesis la confirman las palabras dirigidas por el Presidente al Congreso: «La libertad de conciencia tiene aún algunas trabas que el legislador debe quitar. Con tal objeto se os presentarán varios proyectos...» y recomienda con especialidad el que deroga las leyes que ponen bajo la autoridad pública a los reguladores, el que da a los ministros del culto católico una renta congrua para su subsistencia. ¿No estaría entre esos proyectos tendientes a dar una mayor libertad a la Iglesia y a la conciencia de los católicos, el de la libertad de las fundaciones pías? Cf. Arboleda, G., *Historia contemporánea de Colombia*, t. II, p. 344.

<sup>17</sup> Barthelemy, H., *Assistance publique*, en *Dictionnaire de Sociologie*, t. II col. 167.

tesoro nacional <sup>18</sup>. Tres leyes más son dictadas por la preocupación de aliviar el terrible mal de San Lázaro: la 5ª de 9 de marzo de 1867 para ayudar al establecimiento de tres Lazaretos, en Cundinamarca, Santander y un Estado de la Costa Atlántica, con la asignación de dieciocho mil pesos; la 42 del 6 de junio de 1868, que aumenta el precio de la sal elaborada por el gobierno, destinando ese aumento a los Lazaretos de Cundinamarca y Santander; y la 14 del 21 de marzo de 1871: el Congreso autoriza por medio de ella al Ejecutivo para disponer de una suma que no exceda de veinte mil pesos al año, para auxiliar los Lazaretos existentes o que se funden en los Estados de la Unión <sup>19</sup>.

En favor de otras fundaciones podríamos citar las leyes siguientes: la 61 de 9 de setiembre de 1867: se destinan dos mil pesos por cuatro años, para el hospital de Zipaquirá; la 67 del mismo mes y año, que destina igualmente dos mil pesos para la Casa de refugio de Bogotá; la 68 de 2 de junio de 1869 que devuelve al hospital de mujeres de Cartagena «conocido allí con el nombre de *obra pía*» dos piezas anexas a dicho edificio que habían sido desamortizadas. La 13 de 4 de abril de 1872, que cede también en Cartagena, a la sociedad de beneficencia «Hijas de Bolívar», el edificio del extinguido monasterio de Santa Teresa, «para que en él celebre sus sesiones y exhiban sus bazares, y sirva también de hospital de caridad y asilo de mujeres indigentes». La 42 —3 de marzo de 1873—, que destina dos mil pesos anuales por cinco años para establecer un hospital en Barranquilla y finalmente la 27 de 27 de mayo de 1874 que reconoce a favor del hospital de la ciudad de Barichara y a cargo del tesorero de la Unión, el crédito de mil setecientos quince pesos como importe de un terreno enajenado en remate público como perteneciente a bienes desamortizados <sup>20</sup>.

Se habrá notado que en algunas de las últimas leyes se trata de devoluciones de bienes *desamortizados*. Ello obedece a que en setiembre de 1861, a poco de entrar triunfante en Bogotá después de haberse rebelado contra el gobierno legítimo, el afortunado caudillo Tomás C. de Mosquera, decretó la desamortización de bienes de manos muertas <sup>21</sup>. Dióse en llamar *bienes de manos muertas* los bienes eclesiásticos por la rela-

<sup>18</sup> Codificación nacional, t. xvii, p. 303.

<sup>19</sup> Codificación nacional, t. xxiii, p. 28 y xxv, p. 196.

<sup>20</sup> Codificación nacional, t. xxiii, p. 151, 159; t. xxiv, p. 84; t. xxvi, p. 21, 382; t. xxvii, p. 57.

<sup>21</sup> Codificación nacional, t. xix, p. 398.

tiva dificultad de su circulación, pues la Iglesia siempre ha puesto condiciones especiales para su alienación, con el fin de conservar incólume, cuanto es posible, su patrimonio del que tan largamente participan los pobres y desheredados de la fortuna. Importaba en gran manera para el desarrollo de la riqueza pública —así discurrían algunos estadistas del siglo pasado— el que esos bienes circularan, o lo que es lo mismo, fueran *desamortizados*, que fue el término inventado para paliar y justificar el «inmenso latrocinio perpetrado por el Estado», en casi todo el mundo <sup>22</sup>.

El decreto del dictador —ratificado más tarde expresamente por la Convención Nacional como la ley 31 de 19 de mayo de 1863, parece tendía a acabar con las comunidades religiosas, privándolas de sus bienes, pero con ello al propio tiempo se dio el más terrible golpe a los establecimientos de caridad, como puede apreciarse de la simple transcripción del artículo primero: «Todas las propiedades rústicas y urbanas, derechos y acciones, capitales de censo, usufructo, servidumbres u otros bienes, que tienen o administran como propietarios o que pertenezcan a las corporaciones civiles o eclesiásticas y establecimientos de educación, *beneficencia* o *caridad*, en el territorio de los Estados Unidos, se adjudican en propiedad a la Nación por el valor correspondiente a la renta neta que en la actualidad producen o pagan, calculada como rédito al seis por ciento anual; y reconociéndose en renta sobre el tesoro, al seis por ciento, en los términos de los artículos siguientes» <sup>23</sup>. Lo que significa que de una plumada pasaban al Estado todos los bienes eclesiásticos y de fundaciones privadas, con la menguada garantía, que jamás se cumplió, de que el Estado reconocería sobre esos bienes la renta del seis por ciento, fundándose en que «la desamortización de los bienes inmuebles para reconocer su valor en rentas sobre el tesoro, al mismo tiempo que respeta la posesión de la cosa, afianza bajo la fe y responsabilidad de la Nación la subsistencia de los establecimientos de utilidad y beneficencia pública» como reza uno de los considerandos del decreto de Mosquera. Pero que la disposición en cuestión fue eminentemente perjudicial para la beneficencia, a pesar de la ingenuidad o redomada malicia del considerando alegado ahora, se echa de ver fácilmente por disposiciones posteriores, por las cuales, o se restituyen a los establecimientos de caridad los bienes desamortizados, o se exceptúan de ella.

---

<sup>22</sup> La expresión es de D. Marcelino Menéndez y Pelayo. Cf. Espasa, *Enciclopedia*, t. XVIII, p. 360 ss.

<sup>23</sup> Codificación nacional, t. XX, p. 276.

Al igual que en otros países donde se llevó a cabo la desamortización, invocando filantropía y el dominio eminente del Estado, tampoco en Colombia se lograron los beneficios que de ella esperaban los estadistas liberales del siglo pasado: el desahogo que a las arcas del Estado procuró la venta de *manos muertas*, fue muy momentáneo, y sólo quedó la natural intranquilidad en las conciencias de los católicos y la desconfianza de invertir sus caudales en obras de socorro a la indigencia<sup>24</sup>. Por eso, al venir la «Regeneración» se juzgó necesario poner remedio a tales males, reconociendo el derecho nativo e independiente de la Iglesia y en general de las personas jurídicas eclesiásticas, de poseer bienes temporales.

Con la óptima intención de hacer renacer la confianza destruída por la legislación anterior, quiso el Constituyente de 1886 elevar a canon constitucional la inviolabilidad de las donaciones ya *inter vivos*, ya *mortis causa*, estableciendo con el artículo 36: «El destino de las donaciones *inter vivos* o testamentarias hechas conforme a las leyes para objetos de beneficencia o de instrucción pública, no podrá ser variado ni modificado por el legislador». Sin embargo no a todos los delegatarios parecióles científica la norma, y por eso fue acaloradamente discutida: de innecesaria y peligrosa fue tachada; lo primero —en opinión de los que compatían el artículo— por tratarse de una simple garantía adicional al derecho de propiedad, restringida tan sólo a la beneficencia y a la instrucción pública, más propia de ser consignada en el Código civil que en la Constitución; y lo segundo, porque venía a suscitar litigios anteriores<sup>25</sup>.

Una doble modificación sufrió este precepto constitucional por el acto legislativo número 1 de 1936: en vez de «objetos de beneficencia o instrucción pública», se empleó el término más genérico, y diríamos más moderno de «donaciones hechas para fines de interés social». Y se le hizo al primitivo texto constitucional una adición, ya no adjetiva sino substancial, y desde luégo muy a tono también con la corriente de los tiempos, de exagerado intervencionismo estatal: «el gobierno fiscalizará el manejo e inversión de tales donaciones».

<sup>24</sup> Cf. La larga circular del Secretario del Tesoro y Crédito nacional (Rafael Núñez), en Restrepo, J. P., *La Iglesia y el Estado*, p. 379 ss.

<sup>25</sup> Cf. Tanto el texto original de Caro, como los debates, en *Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886. Debates en el Consejo Nacional Constituyente*, sine auctore, p. 209; y Samper, J. M., *Derecho público interno de Colombia. Comentario científico de la Constitución de 1886*, t. II, p. 68.

Otra norma constitucional podemos citar como pertinente, en la que aparece muy a las claras lo que los juristas nuestros han señalado como nota característica de la obra monumental que es la Carta del 86, su marcado régimen presidencial. Entre las muchas atribuciones asignadas al Jefe del Ejecutivo, el artículo 120 en el ordinal 21 señala esta: «Ejercer el derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común, para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores». Es decir, por virtud de este precepto constitucional, queda el Presidente constituido en una especie de patrono de las fundaciones de utilidad común, y ejecutor al mismo tiempo de las disposiciones hechas a favor de instituciones benéficas. Cómo no ver aquí reliquias y vestigios inconfundibles del régimen de Patronato, que muestran cómo nuestros hombres de Estado no saben desprenderse totalmente de las ideas y prácticas heredadas del pasado; están todos, aun sin quererlo o saberlo, ligeramente tocados de cesaropapismo.

Para que la regeneración comenzada con la expedición de la Constitución fuera cabal, más necesaria aún que la nueva organización política era devolver la paz religiosa a la Nación. Por eso el constituyente no se contentó con el reconocimiento del hecho protuberante de que la religión católica es la de la Nación, sino que autorizó además al Gobierno para celebrar con la Santa Sede Apostólica un concordato (artículo 56), lo que se hizo a 31 de diciembre de 1887. En un instrumento de esta naturaleza, como era apenas lógico, se arreglaron, entre otras cuestiones pendientes entre las dos Potestades, la relativa a los bienes eclesiásticos, tan atropellados en el régimen de Patronato y más aún en el de separación de Iglesia y Estado.

Dos son las cláusulas concordatarias que más hacen a nuestros propósitos: la 22 y la 23, que dicen por su orden:

*Artículo 23*—El Gobierno de la República reconoce a perpetuidad en calidad de deuda consolidada el valor de los censos redimidos en su Tesoro y de los bienes desamortizados pertenecientes a iglesias, cofradías, patronatos, capellanías y establecimientos de instrucción y beneficencia regidos por la Iglesia, que haya sido en cualquier tiempo inscrito en la deuda pública de la Nación. Esta deuda reconocida ganará sin disminución el interés anual líquido de cuatro y medio por ciento, que se pagará por semestres vencidos.

Y el artículo 23:

Las rentas procedentes de patronatos, capellanías, cofradías y demás fundaciones particulares, se reconocerán y pagarán directamente a quie-

nes según las fundaciones tengan derecho a percibir las o bien a sus apoderados legalmente constituidos. El pago se verificará sin disminución como en el artículo anterior, y comenzará desde el próximo año de 1888. En caso de extinguirse alguna de las entidades indicadas, previo acuerdo de entre la competente autoridad eclesiástica y el Gobierno, se aplicarán los productos que les correspondan a objetos piadosos y benéficos, sin contrariar en ningún caso la voluntad de los donadores.

En estos términos pactaron solemnemente los negociadores de nuestro Concordato —el Cardenal Mariano Rampolla de parte del Santo Padre León XIII y don Joaquín F. Vélez de parte del Gobierno colombiano— la justa compensación que debía hacer el Estado por el despojo hecho a las fundaciones eclesiásticas y privadas, con las inicuas leyes a que aludimos un poco más arriba, compensación que recibe el nombre de *consolidado perpetuo* o *renta consolidada nominal*. Como aparece del texto transcrito, se hizo distinción entre fundaciones regidas —administradas, dice el texto latino— por la Iglesia y fundaciones particulares, asignándose a unas y otras un interés anual del cuatro y medio por ciento, pagaderos por semestres, el 30 de junio y el 31 de diciembre.

Además, por el artículo 25, el Gobierno se comprometió a asignar una suma, fijada para entonces en cien mil pesos, como auxilio a las diócesis, cabildos, seminarios y misiones y otras obras propias de la acción civilizadora de la Iglesia, como compensación, y nótese que no es donación, por lo que la Iglesia condonaba al Estado en virtud del artículo 24, primero del valor del capital que hasta entonces no se había reconocido de los bienes desamortizados principalmente a conventos y casas religiosas, y segundo, de lo que debiera a los institutos eclesiásticos por réditos o intereses vencidos y no pagados hasta el 31 de diciembre de 1887.

Como el criterio aplicado en esta parte última es el de compilar cuanto sobre beneficencia se legisló con anterioridad al decreto 685 de 1934, y a la ley 93 de 1938, parece éste el lugar de aducir las pocas disposiciones que sobre nuestra materia se encuentran en el Código civil que fue promulgado el 1º de abril de 1876.

En el título 36 del libro I, dedicado a las personas jurídicas, da el Código varias reglas sobre la creación, régimen y extinción de las fundaciones. El primer artículo de dicho título, que lo es el 633 del Código, trae una definición y una clasificación de la persona jurídica, como para confirmar plenamente el viejo adagio: *omnis definitio in iure periculosa est*. Con una falta absoluta de técnica jurídica, nuestro artícu-

lo se decanta por la teoría de la ficción, la más en boga entonces. Pero todavía es más anticientífica la redacción del 2º inciso, en que se clasifica a la persona moral en «corporaciones y fundaciones de beneficencia pública». Contra todas las leyes que acerca de la división nos dan los dialécticos, nuestro Código establece un binomio cuyo segundo término no guarda proporción con el primero. Hubiera dicho: las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones, sin más, hubiera dado una división adecuada del todo, o lo que es lo mismo, las dos partes serían iguales al todo. ¿Pero por qué limitar ese segundo miembro de la división a las fundaciones sólo de beneficencia, y de éstas sólo las públicas?

Una neta diferenciación entre las fundaciones de carácter público y las de carácter privado, es bien difícil de hacer, pero desde luego, un código de derecho privado debe primariamente regular las segundas más que las primeras, y aun así vienen a quedar fuera de su esfera naturalmente, algunas personas jurídicas privadas, como las sociedades de comercio, por ejemplo. Los criterios mismos de distinción de las personas morales en públicas y privadas, no son con mucho uniformes en la doctrina, ni perfectos. Los más corrientes son los dos que fundamentan tal distinción en el origen o en el fin de dichas personas morales. Según el primero de esos criterios, una persona jurídica es pública si nace por voluntad del Estado, y privada si es una voluntad privada la que determina esa fundación. Ateniéndonos al criterio del fin, se dirá que una institución es pública cuando se dirige a la satisfacción de un interés social, de una necesidad general, más o menos extensa, es decir, cuando la fundación se propone un fin público; y por el contrario, se llamará privada, cuando también su fin es privado, esto es, no interesa a la generalidad, sino sólo a los particulares<sup>26</sup>. ¿Cuál de estos dos criterios de discriminación tendría en cuenta nuestro inciso 2º del artículo 633? Es lo más verosímil que aquí público equivalga a oficial, esto es, que son consideradas públicas las fundaciones que tienen su origen en un acto de voluntad del Estado. Así parece entenderlo también la jurisprudencia, como puede verse al menos por la sentencia de 23 de enero de 1891, de la Corte Suprema de Justicia: «extralimita sus funciones la Asamblea departamental al atribuir el gobierno del departamento, la facultad de reglamentar y administrar los estable-

<sup>26</sup> Cf. Ferrara, F., *Teoría de las personas jurídicas*, cap. IV, p. 654.

cimientos de beneficencia y caridad sin hacer distinción entre los que sean públicos y los privados»<sup>27</sup>.

Acerca del régimen o gobierno de las fundaciones benéficas, el artículo 650 consagra el principio de otorgar plena libertad al fundador de dotarlas de estatutos; el Presidente de la República tiene, por el mismo artículo, una función supletoria en la suposición de que el fundador no hubiese querido hacer uso del derecho de dar los estatutos o lo hubiese hecho incompletamente.

Sobre la capacidad de las personas jurídicas en general por consiguiente de las fundaciones, el artículo 27 de la ley 571 de 1887, incorporado al Código como derogatorio de los artículos 643, 644 y 645, establece el principio general de que las personas jurídicas pueden adquirir bienes de todas clases, por cualquier título, con la sola limitación de que sean enajenables, cosa por otra parte establecida en la Constitución, artículo 37.

Por fin, de la extinción de las fundaciones trata el artículo 652, que es de este tenor: «las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención». Si la fundación es una masa de bienes afectada a un fin, destruída esa masa, que es el substratum de la fundación, ésta necesariamente debe perecer. Los autores del Código guardaron una estricta lógica con su teoría de la ficción jurídica.

Quedó dicho más arriba, cómo nuestro Código civil seguía la norma del derecho justiniano, de hacer valedera la asignación testamentaria a favor de objetos de beneficencia, aunque no sea para persona determinada, como excepción al principio general de que debe ser una persona cierta y determinada el asignatario testamentario. El artículo 1113, después de enunciar el principio aludido, continúa así: «Valdrán con todo, las asignaciones determinadas a objetos de beneficencia, aunque no sean para determinadas personas»<sup>28</sup>. Quedan así amparadas las liberalidades de beneficencia, viniendo a suplir la ley, con varias reglas, la omisión del testador, que a lo mejor deliberadamente se abstuvo de mencionar al beneficiario, para demostrar su intención de hacer beneficencia por la beneficencia misma. Por eso la Corte Suprema interpreta en el sentido más lato posible, la palabra *objetos de*

---

<sup>27</sup> Cf. Garavito, F., *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, t. 1, n. 1507.

<sup>28</sup> Cf. Carrizosa Pardo, H., *Sucesiones*, p. 240 ss. Y por lo que hace al derecho extranjero, véase como ejemplo a Levy-Ulman, *Revue trimestrelle de droit civil*, 1904, p. 253 ss.

*beneficencia* de que habla nuestro artículo: «Los objetos de beneficencia a cuyo favor se pueden hacer asignaciones testamentarias comprenden todos los objetos de beneficencia posibles, todos los que el testador pueda contemplar, sin limitación alguna, y no solamente los establecimientos de beneficencia los pobres, y el alma del testador, de que hablan los incisos 5º y siguientes del artículo 1113 del Código civil»<sup>29</sup>.

Las reglas del artículo 1113 son las siguientes: 1) lo asignado a un establecimiento de beneficencia que no se determina, debe darse al establecimiento que designe el Jefe del Territorio — hoy el Gobernador— prefiriendo alguno de los de la vecindad o residencia del testador; 2) lo dejado al *alma* del testador, sin más, se entiende deferido a un establecimiento de beneficencia, como en el caso anterior; 3) lo que en general, sin más determinación, se dejare a los pobres, se aplica al establecimiento de beneficencia que hay en el lugar del domicilio del testador; si no lo hubiere allí, al establecimiento más cercano a dicho domicilio del testador, a no ser que el testador lo prohíba expresamente o que haya manifestado su voluntad de dejarlo para favorecer a los pobres de determinado lugar donde no hay establecimiento de beneficencia. Entonces esa repartición debe hacerse con las solemnidades prescritas por el artículo 1115, esto es, que debe hacerse en presencia del alcalde y del personero, extendiendo acta firmada por los funcionarios, albaceas, herederos o legatarios distribuidores, amén de los agraciados que lo supieren hacer.

Otras disposiciones, si bien no muy copiosas, encontramos al recorrer las leyes de los años posteriores, de ordinario para subvencionar con partidas del presupuesto, los establecimientos de beneficencia ya existentes, muy raramente para fundar alguno nuevo.

Citando cronológicamente, tenemos estas leyes: la 33 de 12 de agosto de 1910: se cede al asilo de San Antonio de Bogotá, el agua que se toma del río Fucha; la 65 de 2 de diciembre de 1911, que reparte ciento ochenta mil pesos entre los establecimientos de beneficencia y caridad de los Departamentos e Intendencias, como auxilio anual; la 14 de 11 de octubre de 1912 que crea tres orfanatos en la Goajira; la 94 de 24 de noviembre de 1913 que concede un auxilio de diez mil pesos oro al Hospicio de San Antonio de Barranquilla; la 103 de 28 de noviembre del mismo año, para auxiliar varios

---

<sup>29</sup> Cf. Garavito, F., o. c., t. I, n. 2739.

hospitales: el de Medellín, el de Magangué, el de Cali, Cartago, Bucaramanga y el de San José en Bogotá; ese mismo día, por la ley 104, se favorecieron otros establecimientos, a saber: Orfelinato de niños de Bogotá, Círculo de obreros católicos de Bogotá, Hospital de Barbosa y Asilo de niños desamparados de Chapinero; la 116 de 5 de diciembre de 1913 que destina tres mil pesos por una vez para el asilo del Lazareto de Agua de Dios; la 112 de diciembre 12 de 1914 para auxiliar el Asilo de señoras pobres de Bogotá; la 15 de 6 de octubre de 1915 por la cual la Nación cede al hospital de Sopetrán unos bienes y dos pozos de agua salada; la 54 del mismo mes de 15 de noviembre, que ordena al Gobierno comprar en el exterior por orden cablegráfica, un edificio de madera que pueda servir de hospital en Buenaventura, para aislar los enfermos de fiebre amarilla; la 8 de julio 30 de 1918 que auxilia al Hospital de Cali con dos mil pesos y al Departamento de Antioquia con destino a la continuación del pabellón de tuberculosos de San Juan de Dios, el saldo que quedó en los fondos para auxiliar a los damnificados de inundación por la ley 58 de 1916; la 4ª de 18 de agosto de 1919 que aumenta el auxilio dado por la ley 103 de 1918 a los Hospitales de San José de Bogotá y San Vicente de Paúl de Medellín y por último la 50 de 5 de noviembre de 1919 que destina la suma de cinco mil pesos para el Hospital de Ipiales que entonces se construía<sup>30</sup>.

Sería demasiado largo ei continuar el catálogo de leyes de estos años —1920 a 1938— pues casi ninguna de las legislaturas correspondientes, dejó de dictar alguna ley para subvencionar los hospitales y otros institutos similares de caridad. Baste con decir que todas las leyes del presupuesto, tienen el capítulo especial rubricado «Beneficencia y Caridad», por el cual se asigna a los establecimientos benéficos de cada uno de los Departamentos, sumas no despreciables, como ayuda del Estado colombiano<sup>31</sup>.

Y a más de esos auxilios ordinarios, por decirlo así, no faltan leyes dadas para concederlos extraordinarios, como la 24 de 1924 con la que «se fomentan instituciones de protección

---

<sup>30</sup> Acto legislativo y leyes de 1910, p. 48; Leyes expedidas por el Congreso nacional 1911, p. 84; 1912, p. 51; 1913, p. 360; 384, 386; 409; 1914, p. 252; 1915, p. 21, 95; 1918, p. 18; 1919, p. 7 y 73.

<sup>31</sup> En confirmación de lo dicho en el texto, véase la edición de las leyes de Colombia hecha por el Consejo de Estado: Ley 99 de 1920 (noviembre 26) p. 167; ley 10 de 1922 (marzo 8) p. 37; ley 108 de 1923 (diciembre 12) p. 276; ley 59 de 1924 (dic. 15) p. 90; ley 84 de 1925 (noviembre 18) p. 205; ley 125 de 1928 (noviembre 29) p. 258, etc.

obrero», la 42 del mismo año, de protección a la infancia, con la asignación de \$ 300 mensuales a los hospitales que establezcan; la 43 de 1928 que destina \$ 10.000 para construcción de salas de maternidad, y otras que podrían citarse, por medio de las cuales se aumentan las asignaciones que por presupuesto corresponderían a ciertos establecimientos de asistencia pública <sup>32</sup>.

No cerraremos este capítulo sin mencionar al menos la ley 15 de 1925, de 31 de enero, porque con ella se creó y se determinaron las funciones de la Sección de Higiene y Asistencia pública en el Ministerio de Instrucción y salubridad públicas. Esta segunda sección, que es la que nos interesa, se le dedican varios artículos de la extensa ley, y comprende: a) inspección de los hospitales, asilos, hospicios, orfanatos, gotas de leche, salas cunas, consultorios gratuitos, dispensarios, casas de salud y demás establecimientos de estas clases, sean oficiales o particulares; b) protección de la infancia; c) habitaciones para obreros y para las clases pobres; d) vacunaciones diversas; e) inspección técnica de higiene; f) inspección médica de las escuelas y colegios tanto públicos como privados y g) inspección de las fábricas.

De los artículos que organizan la sección de asistencia pública, sólo queremos llamar la atención sobre el 15, concebido en estos términos: «Los Prelados podrán por sí o por delegados, inspeccionar la marcha de todos los establecimientos que funcionen como dependientes de la asistencia pública, en cuanto a su moralidad se refiera». Como se recorta aquí el derecho de inspección de los obispos sólo al aspecto de la moralidad, se ensancha indebidamente el intervencionismo estatal, por el artículo 36 que trascribimos: «Todas las instituciones de higiene, beneficencia y asistencia pública que funcionen en el país, sean o no oficiales (subrayamos nosotros) someterán su reglamento de servicio interno a la aprobación de la Dirección Nacional del ramo» <sup>33</sup>.

#### BIBLIOGRAFIA

- Albertario, E. *Il concetto della persona giuridica nel diritto romano*. En *Miscelanea Vermeersch*, Roma, 1935.
- Arboleda, G., *Historia contemporánea de Colombia*, Bogotá, 1919.

<sup>32</sup> Cf. *Leyes de Colombia*, sesiones del Congreso 1924, p. 31 y 70; fuera de las citadas en el texto, pueden verse las siguientes leyes de auxilio a la beneficencia: la 56 de 1924, p. 85; la 91 y 76 de 1925, p. 181 y ; la 10 de 1926, p. 33; la 49 del mismo año, p. 107; la 90 de 1927, p. 360; la 30 de 1928, p. 48.

<sup>33</sup> *Leyes de Colombia*, año 1925 (enero 31), p. 242.

- Azpilcueta, M. (Doctor Nabarrus), *De redivibus benefic. eccles.* en el vol. 1 de Opera omnia, Venetiis, 1601.
- Barthelemy, H., *Assistance publique*, en Dictionnaire de Sociologie.
- Bonfante, P., *Instituzioni de Diritto romano*, 10ª ed. Roma, 1934.
- Brown, B. F., *The canonical juristic personality*, Washington, 1927.
- Brinz, A., *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1873.
- Carrizosa P., H., *Sucesiones*, Bogotá.
- Casoria, J. M., *De personalitate iuridica causarum piarum in evolutione iuris romani usque ad Justinianum*, Romæ, 1937.
- Codificación Nacional*, edición del Consejo de Estado, Bogotá, 1912 ss.
- Concilium Tridentinum*, edición Richter-Schulte, Leipzig, 1853.
- Concordato colombiano*, texto latino y castellano, en Mercati, *Raccolta di Concordati* (p. 1051) Roma, 1919.
- Constitución política de la República de Colombia*, Bogotá, 1945.
- Corpus Iuris Canonici*, 2 vol. edición de Friedberg, Lipsiæ, 1879-81.
- Corpus Iuris Civilis*, 3 vol. edición de Mommsen-Krüger.
- Cugia, S., *Il termine «piz causæ»* en Studi giuridici in onore de Carlo Fadda, vol. v, Napoli, 1906.
- D'Angelo, S., *Ius digestorum*, Romæ, 1927.
- De la Gorce, P., *Histoire religieuse de la Révolution française*, Paris, 1921.
- Ferrara, F., *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp. Ovejera y Maury, Madrid, 1929.
- Fernández, J. M. y Granados, R., S. J. *Obra civilizadora de la Iglesia en Colombia*, Bogotá.
- Garavito, F., *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Bogotá, 1915.
- Gierke, O., *Das deutsche Gesellschaftsrecht*, 4 vol. Berlín, 1868 ss.
- Gillet, P., *La personnalité juridique en droit ecclésiastique*, Maline, 1927.
- Girard, P. F., *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 8 ed. Paris, 1929. 1945.
- Gómez, H. R., *Las leyes de Indias y el derecho eclesiástico*, Medellín.
- González-Téllez, E., *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium Greg. IX*, Lugduni, 1673.
- Groot, J. M., *Historia eclesiástica y civil de Nueva Granada*, 2ª edic. Bogotá, 1889.
- Hohenlohe, C., *Einfluss des Christentums auf das Corpus iuris civilis*, Wien, 1937.
- Lammayer, J., *Die juristischen Personen der k. Kirche*, Paderborn, 1929.
- Leturia, P., S. J., *La acción diplomática de Bolívar ante Pio VII*, Madrid, 1925.
- Leyes expedidas por el Congreso de Colombia*, 1910 ss. Bogotá.
- Loening, E., *Geschichte des deutschen Kirchenrecht*, 2 vol. Strassburg, 1877.
- Michiels, G., O. F. M. Cap., *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Lublin, 1932.
- Molina, L., S. J., *De iustitia et iure tractatus*, Venetiis, 1611.
- Mostazo, F., *Tractatus de causis piis in genere et in specie*, Venetiis, 1735.
- Murillo Velarde, *Cursus Iuris canonici Hispanici et Indici*, 2 vol. Matriti, 1791.

- N. N. *Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886 y Debates en el Consejo nacional Constituyente*, Bogotá, 1913.
- Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Madrid, 1805-29.
- Ojeti, B., S. J. *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, 4 vol. Romæ, 1928.
- Ots Capdequi, J. M., *Manual de Historia del derecho español en las Indias*, Buenos Aires, 1945.
- Pirhing, E., *Universum Ius Canonicum secundum titulos Decretalium distributum nova methodo explicatum*, Dilingæ, 1674-1678.
- Recopilación de las leyes de los Reynos de Indias*, Madrid, 1791.
- Reiffenstuel, A., O. S. F., *Ius canonicum universum*, Frisingæ, 1700.
- Restrepo, J. P., *La Iglesia y el Estado en Colombia*, Londres, 1885.
- Saleilles, R., *Les «piæ causæ» dans le droit de Justinien*, en Mélanges Gérardin, Paris, 1907.
- Samper, J. M., *Derecho público interno de Colombia*. Comentario científico de la Const. de 1886, 2 vol. Bogotá, 1886.
- Savigny, C. F., von, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. ital. de Scialoia) Torino, 1888-88.
- Schmalzgrueber, F., S. J. *Ius ecclesiasticum universum*, Dilingæ, 1717.
- Schönfeld, W., *Die Xenodochien in Italien u. Frankreich*, en Zeitschrift der Saviny Stiftung, kanon. Abteilung, XII Weimar, 1922.
- Van Hove, *Commentarium Lovaniense in C. I. C. Prolegomena*, Mechlinæ-Romæ, 1928.
- Wernz, F. X., S. J., *Ius Decretalium*, Prati, 1913.
- Solórzano, J., *De iure Indiarum*, Matriti, 1653.
- Zeiger, I., S. J., *Historia Iuris canonici*, Romæ, 1939.

# El proceso administrativo de separación de lecho, mesa y habitación

*Por Leopoldo Uprimny*

Profesor de Derecho Procesal Canónico  
en la Facultad de Derecho Canónico

I—El 25 de junio de 1932 la Comisión Pontificia para la Interpretación Auténtica del Código de Derecho Canónico declaró que la separación de los cónyuges por las causas mencionadas en el canon 1131 del Código de Derecho Canónico (o sea, por causas distintas del adulterio) debe ser decretada por la vía administrativa, a no ser que el Ordinario establezca lo contrario de oficio o a instancia de las partes<sup>1</sup>.

Desde entonces la gran mayoría de las causas de separación de lecho, mesa y habitación tramitadas ante la autoridad eclesiástica se resuelven por la vía administrativa y no por la judicial. No obstante, ello, la bibliografía sobre tal proceso administrativo de separación es muy escasa, lo que es tanto más sensible cuanto que el Código no habla tampoco de este proceso, sino se limita a tratar tan solo de los procesos administrativos de remoción y traslado de párrocos, contra clérigos irresidentes y concubinarios, párrocos negligentes y suspensión de clérigos *ex informata conscientia*, sobre los cuales versa la parte tercera del Código (can. 2142-2194).

¿A qué se debe esta circunstancia?

Por una parte, varios concordatos modernos han consentido expresa o tácitamente en que las causas de separación de los cónyuges se tramitaran por la autoridad civil. Así lo establece expresamente el último inciso del artículo 34 del concordato con Italia de 1929<sup>2</sup>, el párrafo 2º del Protocolo adicional al artículo 7º del concordato con Austria, veinte

---

<sup>1</sup> AAS., xxiv, 284.

<sup>2</sup> AAS., xxi, 290-291; Restrepo Restrepo, *Concordata*, pp. 290-291; Pérez Mier, *Iglesia y Estado Nuevo*, Madrid, 1940, pp. 516 ss.; Ibarra, *El Concordato de Colombia*, Bogotá, 1941, p. 230.

de 1934 hasta 1938<sup>3</sup> y lo estatuye tácitamente el artículo 25 del Concordato con Portugal de 1940<sup>4</sup>, en cuanto esta disposición reserva a los tribunales eclesiásticos tan solo el conocimiento de las causas de nulidad y de dispensa del matrimonio rato y no consumado, sin mencionar las causas de separación, para las cuales, por lo tanto, quedan competentes —con asentimiento de la Iglesia— los tribunales del Estado<sup>5</sup>.

Es indudable que —siendo los procesos de separación causas matrimoniales<sup>6</sup>— ellos pertenecen, tratándose de bautizados, por derecho propio y exclusivo al Juez eclesiástico (can. 1960)<sup>7</sup>; por lo tanto, no estamos de acuerdo con Giménez Fernández, cuando éste niega que tales causas «son de derecho propio y exclusivo de la Iglesia»<sup>8</sup>. Lo que sucedió fue algo muy distinto. La misma Santidad de Pío XI sometió la cuestión, si podía dejar al poder civil la jurisdicción en causas de separación, a su estudio personal, y llegó a la conclusión —como lo manifestó ante una distinguida personalidad de su confianza— que la *potestas clavium* lo facultaba para poder consentir en que los tribunales civiles conozcan de las causas de separación<sup>9</sup>. Pero los tribunales civiles obran en estas causas por delegación de la Iglesia en nombre de la misma<sup>10</sup> y, por ello, «las sentencias y decisiones relativas a la separación de los cónyuges pronunciadas por la autoridad civil, siempre que no sean contrarias a ley divina o eclesiástica, tienen valor también en el foro canónico»<sup>11</sup> y a estas providencias es aplicable la jurisprudencia de la Sagrada Rota Romana, según la cual «el juez eclesiástico no puede corregir ni cambiar las sentencias dictadas por la autoridad civil si no en aquellos puntos que son contrarios al derecho de la Iglesia o se pongan evidentemente a la justicia»<sup>12</sup>. Por lo tanto, no es imposible en Italia que «en algunos casos especiales» (por ejemplo, cuando la sentencia civil viole el derecho divino o eclesiástico) la autoridad eclesiástica dicte una sentencia ju-

<sup>3</sup> AAS., xxvi, 258-259; Restrepo Restrepo, *ob. cit.*, p. 636-639; Pérez Mier, *ob. cit.*, pp. 519-520; Ibarra, *ob. cit.*, 233-234.

<sup>4</sup> AAS., xxxii, 222 ss.; Ibarra, pp. 234-235.

<sup>5</sup> Cf. Giménez Fernández, *Instituciones Jurídicas en la Iglesia Católica*, II, Madrid, 1942, p. 290.

<sup>6</sup> Cf. Com. Pont. de 8 de abril de 1941, AAS. xxxiii, 173.

<sup>7</sup> Cf. Cappello, *Summa iuris publici ecclesiastici*, 5ª ed., n. 431, p. 408.

<sup>8</sup> *Loc. cit.*

<sup>9</sup> Restrepo Restrepo, p. 316, nota 306; Pérez Mier, p. 517.

<sup>10</sup> Gasparri, *De matrimonio*, ed. 1932, II, n. 1237, p. 279.

<sup>11</sup> Instrucción de la S. Congregación de Sacramentos de 1º de julio de 1929 acerca del concordato con Italia, n. 53, AAS., xxi, 351 ss.; cf. también Gasparri, *ob. cit.*, pp. 577-578.

<sup>12</sup> Sent. de 28 de febrero de 1919 *coram* Cattani, Dec., VI, n. 7, p. 64.

dicial o un decreto administrativo de separación —como lo prevé expresamente el n. 54 de la citada instrucción de 1º de julio de 1929— pero estos casos son raros: por regla general, la autoridad eclesiástica no interviene en causas de separación que se tramitan en Italia y reconoce los fallos de los tribunales civiles.

Esta delegación de jueces civiles para causas de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos tampoco es —dicho sea de paso— una inovación del concordato italiano de 1929. La misma delegación se encuentra en los artículos 1º y 2º del convenio adicional de 1892 entre la Santa Sede y Colombia. En efecto, mientras que el privilegio del fuero, que existe desde hace muchos siglos y se encuentra también consagrado en los cánones 120, 614, 680 y 1553, par. 1, ord. 3º del Código, establece que clérigos y religiosos no pueden ser juzgados aun en causas temporales, sino por los tribunales eclesiásticos, los citados artículos del convenio adicional (los cuales prevalecen sobre el derecho común: can. 3 del Código) *defieren* a los tribunales civiles las causas civiles de los eclesiásticos y hasta los criminales extraños a la religión (excepción hecha de los obispos). De manera que en estas causas los jueces y tribunales civiles de Colombia obran por delegación del Derecho canónico y sus fallos tienen valor también en el foro canónico. Lo mismo sucede con las providencias de separación de los tribunales civiles de Italia y ello explica, por qué faltan en este país casi totalmente fallos de la autoridad eclesiástica en aquellas causas que —en sí— pertenecen por derecho propio y exclusivo al juez eclesiástico.

En cuanto a España, en este país el Estado reconoce la competencia exclusiva de la Iglesia para conocer de las causas de separación de los católicos. Pero tales causas de «divorcio» (como se llaman en España, Colombia y varios otros países hispanoamericanos) se tramitan casi siempre por la vía judicial y no por la administrativa<sup>13</sup>, a pesar de que un canonista español hablara de la necesidad de prescindir —adoptando la secuela administrativa o gubernativa— «de incrustaciones, más que procesales, leguleyescas» y del «híbrido procedimiento, lento, fatigoso y agotador, usado en ciertas curias españolas»<sup>14</sup>. Y realmente parece que el procedimiento adoptado en los juicios que se tramitan ante los

<sup>13</sup> Cf. Miguélez en la edición bilingüe del Código de la Pont. Universidad de Salamanca, 3ª ed., can. 1131, p. 423; Lamas Lourido en Cavigioli, *Derecho Canónico*, versión española, Madrid, 1947, II, pp. 308-309.

<sup>14</sup> Giménez Fernández, *ob. cit.*, pp. 287 y 288.

tribunales eclesiásticos de España no siempre corresponde a lo dispuesto en el Código de Derecho Canónico. El libelo de demanda —contraviniendo a lo dispuesto en el canon 1708<sup>15</sup>— suele ser demasiado extenso<sup>16</sup>. Se conservan ciertas formalidades del derecho antiguo abandonadas por el Código, el cual insiste en la necesidad de un fallo rápido (can. 1620). Por ello, en las normas que ha de observar la Rota de la Nunciatura Apostólica en España<sup>17</sup>, no se admite como fuente de derecho esta tradición no siempre acorde con el derecho vigente y se dice en el artículo 49 expresamente: «No se admite en la Rota de la Nunciatura Apostólica otro procedimiento judicial que el establecido por el Derecho Canónico, sea en el Código, sea en otras normas eclesiásticas ya publicadas o que se publicaren...». Y por lo mismo, creemos con el citado profesor de la Universidad de Sevilla que no existe razón suficiente que impida tramitar también en España casos sencillos de separación temporal por la vía administrativa, economizando así tiempo y costas judiciales. Los argumentos expuestos contra la aplicabilidad de los procesos administrativos de separación a España no nos convencen. La costumbre contraria no puede prevalecer contra una decisión de la Comisión Pontificia de interpretación que tiene fuerza de ley<sup>18</sup>. El hecho de que la legislación civil española habla de «tribunales eclesiásticos» y de «sentencias» (como lo hace también la colombiana), tampoco impide —como lo estudiaremos más adelante— que los decretos administrativos de separación (o de «divorcio» según la terminología española) tengan los mismos efectos civiles que las sentencias judiciales: porque la terminología procesal civil y la canónica son completamente diferentes. Con razón observa Della Rocca que «ninguno de los dos derechos procesales, civil y canónico (y menos este último), puede ser impunemente violentado con la transposición de esquemas, extraños en un todo a su espíritu, más aún que a su construcción positiva»<sup>19</sup>. La dis-

<sup>15</sup> Cf. también art. 57 de la Instrucción *Provida Mater* de la S. Congregación de Sacramentos de 15 de agosto de 1936: «No es necesario, ni conviene que se haga una detallada y larga exposición de argumentos».

<sup>16</sup> Compare el conciso y breve libelo en Cappello (*Praxis processualis*, 2ª ed., 1948, n. 17) con las extensísimas demandas en Aguilar Jiménez (*Procedimientos canónico-civiles*, Madrid, 1923, I, pp. 120-127) o Quintana Reynés (*La Prueba en el Procedimiento Canónico*, Barcelona, 1943, pp. 253-259).

<sup>17</sup> Motu proprio de 7 de abril de 1947, AAS, xxxix, 155 ss.; edición bilingüe del Código de Salamanca, 3ª ed., pp. 1005 ss.

<sup>18</sup> Motu proprio de Benedicto XV *Cum iuris canonici*; cf. también can. 5 del Código.

<sup>19</sup> *Instituciones de Derecho Procesal Canónico*, ed. española, Buenos Aires, 1950, p. 7.

tinción entre juicio y proceso administrativo, entre sentencia y decreto administrativo, es completamente diferente en los Derechos canónico y civil. Por lo tanto, para los efectos civiles, un decreto administrativo de separación debe equipararse a la sentencia judicial, más cuando la intención de los legisladores español y colombiano fue la de respetar las decisiones de la autoridad eclesiástica en materia de separación de lecho, mesa y habitación. Pero sea como sea, es un hecho innegable que los dos países católicos más importantes con régimen concordatario, Italia y España, prácticamente ignoran los procesos administrativos de separación. Ello explica, por sí solo, la falta de bibliografía para estos procesos por parte de los autores italianos y españoles.

Pero hay más. Existen en la cuestión qué son procesos administrativos opiniones tan opuestas de los canonistas que no podemos menos de decir que hay una verdadera confusión de nociones fundamentales a este respecto la que es muy peligrosa, porque puede conducir a casos, como el siguiente que conocemos y que ocurrió en una curia de una de las Antillas: se decretó la separación de lecho, mesa y habitación, con fundamento en unas cartas no reconocidas el día siguiente al de la presentación de la demanda, sin haber citado a la parte demandada que habita en otro país, sin haberle dado posibilidad de defensa y sin notificarle el decreto de separación. Y con base en este decreto administrativo se solicitó de una curia colombiana que quitara los hijos a la madre demandada y los mandara al exterior para entregarlos al padre demandante. Este caso y otros semejantes se explican por la opinión errónea que el proceso administrativo no está sometido a normas algunas, por lo cual creemos conveniente estudiar esta cuestión, la cual —sin embargo— no podrá resolverse sin que se establezca previamente qué es un proceso administrativo en Derecho Canónico.

II—El Código de Derecho Canónico no da definición alguna del proceso. Es verdad que el libro cuarto se titula *De los Procesos*, pero el canon 1552 se limita a definir el juicio, por lo cual algunos autores consideran proceso y juicio como conceptos esencialmente idénticos<sup>20</sup>. Ello nos parece equivocado.

---

<sup>20</sup> Roberti, *De processibus*, 1, 1926, n. 30 ss.; Eichmann, *El Derecho Procesal según el Código de Derecho Canónico*, ed. esp., 1931, p. 4; Múñiz, *Procedimientos Eclesiásticos*, 1, n. 1; Giménez Fernández, *ob. cit.*, II, n. 53, p. 190; Della Rocca, *ob. cit.*, p. 14.

El libro cuarto se divide en tres partes: la primera trata «de los juicios»; la segunda de las causas de beatificación y de canonización; la tercera «del modo de proceder» en la remoción o traslado de párrocos y contra clérigos irresidentes o concubinarios etc., o sea, el llamado proceso administrativo, disciplinar o gubernativo. Luego es evidente que proceso es el término general y juicio una especie del proceso, como anota muy acertadamente *Coronata*:

Vox *processus*, de quibus in rubrica generali libri iv Codicis, est terminus genericus sub se comprehendens stricte dicta *iudicia*, de quibus in prima parte libri iv; processus beatificationis qui ob formas iudiciales sollemniores in eis adhibitas proprius accedunt ad iudicia stricte dicta, de quibus in secunda parte libri iv; processus quosdam speciales administrativos in certis et determinatis causis adhibendos quæ expeditiorem et summariam requirunt solutionem, hoc exigente bono publico: de his processis administrativis hac tertia et ultima parte libri iv agitur <sup>21</sup>.

Por ello, el proyecto del Código de 1916 (Schema G.) propuso como título del libro cuarto: *De iudiciis ecclesiasticis, de processibus administrativis et de causis beatificationis Servorum Dei et canonizationis Beatorum* <sup>22</sup>.

Y el canon 1 de este proyecto (que corresponde al canon 1552 del Código) fue propuesto en la siguiente forma:

*Par. 1*—Iudicium ecclesiasticum tunc habetur, quum controversia circa res de quibus Ecclesia ius habet cognoscendi, coram tribunali ecclesiastico legitime disceptatur et definitur.

*Par. 2*—Materia iudicii ecclesiastici potest esse: 1<sup>o</sup> pœna infligenda aut declaranda et tunc iudicium est criminale; 2<sup>o</sup> ius privatum personæ physicæ vel moralis, lege recognitum iudicandum, aut idem ius vel factum declarandum, et tunc iudicium est contentiosum.

*Par. 3*—Cetera omnia negotia pertinent ad ordinem administrativum <sup>23</sup>.

La escogencia del título para el libro cuarto fue precedida de grandes discusiones.

El P. Noval propuso como título *De procedura canonica*. El Cardenal Lega criticó esta denominación, por una parte, porque la voz *procedura* no es muy latina y, por la otra, porque significa más bien la evolución mecánica del proceso. Martini propuso como título *de iudiciis*, de acuerdo con la terminología tradicional de los Decretales, cuyo libro segundo (tanto del *Liber Extra*, como del *Liber Sextus*, de las Clementinas

<sup>21</sup> *Institutiones Iuris Canonici*, 3<sup>a</sup> ed., 1948, III, n. 1573, p. 503.

<sup>22</sup> Roberti, *Codicis Iuris Canonici Schemata*, lib. IV, p. 3, G., nota 1.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 3 G y nota 2 ad G.

y de los extravagantes comunes) se titula así<sup>24</sup>. Por lo tanto, es evidente que si en el Código se adoptó finalmente la denominación *De processibus* (de origen netamente canónico, como observa acertadamente Giménez Fernández<sup>25</sup>), esta determinación tomada después de la distinción hecha en el proyecto de 1916 (que distingue entre juicios y procesos administrativos) no permite sostener que juicio y proceso sean sinónimos, sino lleva necesariamente a la conclusión que proceso es —como dijimos ya— el término general que abarca tres especies: a) los juicios; b) las causas de beatificación y canonización; y c) los procesos administrativos. Por lo tanto, es evidente que todo juicio es proceso. Pero el proceso administrativo no es juicio.

Si es así, surge la siguiente pregunta: ¿Por qué el Código no ha definido el proceso? Tanto el doctor Felipe Pacelli, decano de los abogados consistoriales, como el Cardenal Lega, ambos miembros muy distinguidos de la Comisión que preparaba el Código, aconsejaron se prescindiera de demasiadas definiciones por considerarlas peligrosas<sup>26</sup>. Y en efecto, como entre los tratadistas de Derecho Procesal Civil existe un sinnúmero de teorías sobre lo que es el proceso, parece que el Código dejó de definir el proceso, por considerarlo más de incumbencia de la ciencia jurídica que del legislador el cual decreta normas, pero mejor evita hacer teoría jurídica. Tal dificultad no subsistió con respecto a la noción de juicio el que fue definido de acuerdo con la tradición canónica, consagrada en el *Liber Extra*, el cual a su vez se remite a la autoridad de San Isidro de Sevilla<sup>27</sup>, de la siguiente manera: «controversia in re de qua Ecclesia ius habet cognoscendi, coram tribunali ecclesiastico, legitima disceptatio et definitio»<sup>28</sup>.

¿Qué es entonces el proceso canónico? Podemos definirlo con Vermeersch-Creusen<sup>29</sup>, Wernz-Vidal<sup>30</sup>, Coronata<sup>31</sup> y otros como la serie de actos y solemnidades que prescriben las leyes para determinados negocios tratados por la autoridad pública de la Iglesia.

Pero si queremos definir el proceso administrativo canónico, necesitamos previamente hacer un breve estudio so-

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 2, A nota 1.

<sup>25</sup> *Ob. cit.*, II, n. 67, p. 236.

<sup>26</sup> Roberti, *Schemata*, lib. IV, p. 2, B nota 1.

<sup>27</sup> c. 10, x, *De verborum significatione*, v, 40.

<sup>28</sup> Can. 1552, par. 1.

<sup>29</sup> *Epitome iuris canonici*, 1928, III, p. 1.

<sup>30</sup> *Ius Canonicum*, VI, 1949, n. 8, p. 17.

<sup>31</sup> *Ob. cit.*, III, n. 1086, p. 1.

bre lo que es «lo administrativo» y «lo judicial» tanto en Derecho Civil, como en Canónico.

III—La distinción entre las funciones judicial (o como hoy se dice también en terminología bastante impropia «jurisdiccional») y administrativa es uno de los problemas más discutidos entre los tratadistas de Derecho público <sup>32</sup>.

Por falta de espacio no podemos entrar a hacer un estudio de fondo y nos limitamos a decir que en nuestro modo de ver —como lo tienen expuesto magistralmente Kelsen <sup>33</sup> y Merkl <sup>34</sup>— no hay diferencia material entre función judicial y función administrativa: ambas tienen como objeto ejecutar las leyes. La única diferencia estriba en que la sentencia judicial es dictada por un juez (funcionario independiente e inamovible), mientras que la resolución administrativa procede de un funcionario administrativo (el cual no goza de ambas garantías de independencia e inamovilidad, sino apenas de una de las mismas).

A primera vista es evidente que esta distinción entre lo judicial y lo administrativo en el sentido expuesto (que proviene de la separación de poderes de Montesquieu) no ha existido jamás en Derecho Canónico <sup>35</sup>.

En efecto, por precepto del Derecho Divino, el Sumo Pontífice tiene en la Iglesia la plenitud del poder cuyo único límite es el Derecho Divino, natural o positivo. El Vicario de Cristo es legislador y suprema autoridad (tanto en lo que se llama en Derecho Civil o judicial, como en lo que se llama administrativo). E igualmente los obispos, como sucesores de los Apóstoles, son legisladores, jueces y gobernantes de sus diócesis.

Es verdad que los obispos han tenido desde hace muchos siglos sus ayudantes en el gobierno de sus diócesis, como también en la administración de justicia. Primero al Arce-diano (*Archidiaconus*) y después a los Vicarios Generales y

<sup>32</sup> Cf., p. ej., Kelsen, *Teoría General del Estado*, ed. esp., 1934, pp. 309 ss.; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., II, 1928, pp. 284 ss.; Hauriou, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, ed. esp., 1927, pp. 371 ss.; Schmitt, *Teoría de la Constitución*, ed. esp., 1934, pp. 147 ss.; Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, ed. esp., 1942, pp. 113 ss.; Dabin, *Doctrina General del Estado*, ed. esp., 1946, pp. 253 ss.; Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, ed. esp., 1948, pp. 427 ss.; Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 7ª ed., p. 1 etc.

<sup>33</sup> *Ob. cit.*, p. 393.

<sup>34</sup> Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, ed. esp., 1935, pp. 13 y 52 ss.

<sup>35</sup> Della Rocca, *ob. cit.*, pp. 20-21.

oficiales (llamados en muchos países de habla española provisoros). Pero todos estos funcionarios no han sido sino ayudantes y representantes del Obispo, jerárquicamente subordinados a él y amovibles. En algunos países había ya antes del Código de Derecho Canónico una distribución del trabajo de tal manera que el oficial era el representante del Obispo en la jurisdicción contenciosa y el Vicario General en el gobierno de la diócesis. Pero en otras diócesis no había tal distinción y el Derecho de los Decretales, como también el Concilio de Trento emplean los términos Vicario General y oficial promiscuamente<sup>36</sup>. En muchas pequeñas diócesis, especialmente de Italia, no existía el cargo de oficial. El Vicario General administraba también justicia en nombre del Obispo. Lo mismo sucedió frecuentemente en España donde el Vicario General a veces fue llamado también Provisor<sup>37</sup>. En la América Latina, en grandes diócesis, se llamaba Vicario General al funcionario que ejercía en nombre del Obispo la jurisdicción contenciosa (lo que correspondía al oficial del Derecho común), y Provisor al que desempeñaba las funciones gubernativas, atribuidas al Vicario General por el Derecho común, de manera que la terminología era al revés<sup>38</sup>.

Por ello, en los dos primeros proyectos para el Código (Schemata A y B) se atribuía al Vicario General la representación del Obispo, también en la jurisdicción contenciosa<sup>39</sup>, prescindiendo del cargo del oficial.

Dijo, por ejemplo, el primer proyecto (Schema A) :

*Can. 30. Par. 1*—Iudices ordinarii in tribunalibus inferioribus communibus sunt Episcopi, singuli in districtu suæ diœcesis. Tales quoque censendi sunt Vicarii Generales Episcoporum, qui tamen cum Episcopo unam personam iuridicam constituunt, Vicarii Capitulares, Administratores Apostolici sede vancante aut plena, et Vicarii Apostolici<sup>40</sup>.

Fue el Cardenal De Lai quien pidió la separación de los cargos del Vicario General y del oficial atribuyendo a este último la jurisdicción en causas contenciosas<sup>41</sup>, lo que se aceptó finalmente, más que todo por motivos prácticos, especialmente para librar a los Vicarios Generales de parte de sus tareas y también para establecer una división del trabajo

<sup>36</sup> Cap. 3<sup>o</sup> *de off. vicar.*, I, 13, in vi<sup>o</sup>; Conc. Trid. Sess. xxiv, cap. 12 de ref.; cf. también Wernz Vidal, II, 3<sup>a</sup> ed., 1943, n. 634, III, p. 803.

<sup>37</sup> Ferreres, *Instituciones Canónicas*, I, 5<sup>a</sup> ed.; 1934, n. 669, pp. 287-288.

<sup>38</sup> Donoso, *Instituciones de Derecho Canónico*, cap. 7, art. 126, p. 190.

<sup>39</sup> Roberti, *Schemata*, IV, pp. 36 ss.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*, pp. 38 y 39, nota 6 ad C., nota 2 ad D y nota 1 ad E.

semejante a la que existía en muchos Estados <sup>42</sup>. Pero también hoy en diócesis pequeñas el cargo del oficial puede ser desempeñado por el Vicario General <sup>43</sup>.

En todo caso, es evidente que no existe entre el Vicario General y el oficial la diferencia que subsiste entre un juez civil y un funcionario administrativo. El juez civil es independiente, su superior jerárquico ni puede darle órdenes (fuera de los casos de apelación) ni quitarle el conocimiento de la causa; el juez civil no tiene que obedecer sino a la ley. Es igualmente inamovible. Antes de terminar el período para el cual fue nombrado, no puede ser removido sino por mal comportamiento comprobado mediante juicio de responsabilidad. El funcionario administrativo puede ser inamovible, pero entonces no es independiente; puede ser independiente, pero entonces no es inamovible. Por regla general, no es ni independiente, ni inamovible. Tiene que obedecer a las órdenes de su superior y puede ser removido aun cuando no haya cometido falta alguna.

Ello es muy diferente en cuanto al oficial y al Vicario General. Ambos pueden ser removidos a voluntad del Obispo <sup>44</sup>. Este puede quitarles a ambos (menos en algunos asuntos contenciosos expresamente exceptuados en que el Obispo no puede intervenir) <sup>45</sup> los negocios de su competencia <sup>46</sup>. Es cierto que el oficial goza de más estabilidad que el Vicario General, en cuanto que el oficio de éste termina cuando queda vacante la sede, mientras que el oficial sigue en su función <sup>47</sup>; es verdad que goza de mayor independencia que el Vicario General; pero de toda manera hay una diferencia fundamental entre el juez civil y el oficial: aquel es inamovible e independiente; éste puede ser libremente removido por el Obispo, por lo cual no puede ser considerado tampoco como independiente, más cuando en realidad no es sino el representante en la jurisdicción contenciosa y criminal del Obispo el cual es el verdadero juez y puede, por lo tanto, excluir de la jurisdicción del oficial todas las causas menos las en que no puede intervenir por mandato expreso de la ley.

Por ello, podemos concluir que entre Vicario General y oficial no existe una diferencia fundamental como entre juez civil y funcionario administrativo: trátase más bien de una

---

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Can. 1573 par. 1.

<sup>44</sup> Can. 366 par. 2 y 1573 par. 5.

<sup>45</sup> Can. 1572 par. 2 y 1576.

<sup>46</sup> Can. 369 par. 2 y 1572 par. 1.

<sup>47</sup> Can. 371 1573, par. 6.

distribución de trabajo por motivos de conveniencia, semejante a la que existe entre varias salas de un mismo tribunal o entre varias secciones de un ministerio.

De consiguiente, es evidente que entre el proceso judicial canónico y el administrativo no existe por razón del funcionario que lo falla una diferencia esencial como subsiste en Derecho Civil entre el juicio y un procedimiento administrativo. En Derecho Canónico tanto el oficial como el Vicario General no se diferencian fundamentalmente y ejercen su jurisdicción en nombre del Obispo. Además, sucede frecuentemente que los procesos administrativos no son fallados por el Vicario General, sino por el Obispo y algunas veces —como es el caso actualmente en la curia primada de Bogotá— por el oficial por delegación del Prelado, lo que no sería posible en lo civil, porque un ministro no podría nunca delegar un juez para fallar un negocio administrativo. Todo ello prueba que la diferencia establecida por el Derecho Civil entre jueces y funcionarios administrativos es completamente distinto de la que subsiste entre oficial y Vicario General.

IV—¿En qué se distingue entonces el proceso administrativo de separación del juicio?

Por una parte, se diferencian, porque —como tenemos expuesto— el proceso administrativo de separación es fallado por el «Ordinario» (o sea, por el Obispo, o el Vicario General, pero no por el oficial sin delegación del Prelado<sup>48</sup>, mientras que el juicio tiene que ser decidido por el «juez» (es decir, no por el Vicario General, sino tan solo por el Obispo o el Oficial).

En efecto, mientras que el canon 1130 que se refiere a la separación perpetua por adulterio, habla de «sentencia del juez», el canon 1131, tratando las causales de separación temporal, o sea, las diferentes del adulterio, dice «si la separación fue decretada por el Ordinario».

Por lo tanto, creemos con Roberti<sup>49</sup> que estas disposiciones legales son el fundamento para la respuesta de la Comisión Pontificia para la interpretación auténtica del Código, respuesta que reza:

D. I—An separatio coniugum ob causas, de quibus in canone 1131, par. 1, forma administrativa decernenda sit.

<sup>48</sup> Can. 198, par. 1 y 1573, par. 2.

<sup>49</sup> *De separatione coniugum, Apollinaris*, 1932. pp. 194-296; cf. también Cance-Arquer, *El Código de Derecho Canónico*, 1934, 1, n. 770, pp. 702-703.

II—An causis separationis coniungum, de quibus in canone 1131, par. 1, in secundo gradu eadem servanda sit forma ac in primo gradu.

R. Ad I—Affirmative, nisi ab Ordinario aliter statuatur ex officio vel ad instantiam partium. Ad II. Affirmative <sup>50</sup>.

De consiguiente, parece cierto que el proceso administrativo de separación no puede tramitarse sino en los casos de separación temporal mencionados en el canon 1131 y no en casos de separación perpetua por adulterio, de los cuales tratan los cánones 1129 y 1130. Porque si el canon 1130 habla de «sentencia del juez» (y no de «separación decretada por el Ordinario» mencionada en el canon 1131), es evidente que la separación perpetua por adulterio no puede ser decretada por el Vicario General, porque éste es Ordinario, pero no juez. La respuesta de la Comisión Pontificia la cual autoriza el proceso administrativo solo «ob causas, de quibus in canone 1131, par. 1», o sea por causales de separación temporal diferentes del adulterio, es también muy clara. Además, es sabido que la prueba del adulterio es muy difícil <sup>51</sup>. Aun en los casos de adulterio notorio es posible que la demanda no prospere, porque el demandante también haya cometido adulterio o lo haya consentido o haya dado motivo para él o lo haya condonado expresa o tácitamente, circunstancias cuya prueba también es difícil, lo que excluye la aplicación del proceso administrativo aun para casos de adulterio notorio. Por consiguiente, no compartimos la opinión de autores distinguidos <sup>52</sup> quienes consideran que en casos de adulterio notorio puede decretarse la separación perpetua en proceso administrativo, y, al contrario, creemos que las causas de separación perpetua deben tramitarse siempre por la vía judicial <sup>53</sup>.

Según lo expuesto, la primera y segunda diferencias entre el juicio de separación de lecho, mesa y habitación y el proceso administrativo de separación son estas: el juicio puede referirse tanto a causales de separación perpetua (adulterio) como a las de separación temporal (canon 1131), el proceso administrativo no puede tramitarse, sino cuando se trata de una causal de separación temporal. El juicio está a

<sup>50</sup> AAS, xxiv, p. 284; cf. también Coronata, *Interpretatio Authentica*, 2ª ed., 1948, pp. 192-193.

<sup>51</sup> Cf. S. R. Rotæ Dec., xxi. pp. 1-12 y xxii, pp. 523-534.

<sup>52</sup> Doheny, *Canonical Procedure in Matrimonial Cases*, II, 1944, 643 y 646; Giménez Fernández, *ob. cit.*, II, pp. 287-288; Múñiz, *ob. cit.*, II, p. 625; Struve, *Notas sobre el procedimiento en las causas de divorcio semipleno*, en *La Iglesia*, Bogotá, 1945, pp. 139; Cf. también Coronata, *De Matrimonio*, 2ª ed., 1948, n. 665, p. 925.

<sup>53</sup> Cf. también Roberti, *loc. cit.*; Cance-Arquer, *loc. cit.*; Wernz-Vidal, v, 3ª ed., 1946, n. 642, p. 845.

cargo del juez (Obispo u Oficial), el proceso administrativo a cargo del Ordinario (Obispo o Vicario General) o de un sacerdote delegado por el Obispo<sup>54</sup>.

*Tercera diferencia:* El proceso administrativo de separación no es viable, sino cuando ambas partes y el Ordinario lo juzguen aplicable. Si cualquiera de los tres consideran tal proceso inconveniente, la causa debe tramitarse por la vía judicial. En efecto, según la respuesta citada las causas de separación temporal deben tramitarse por la vía administrativa, «a no ser que el Ordinario determine otra cosa de oficio o a petición de las partes». Creemos que el Ordinario no está en libertad de rechazar tal petición de las partes, como supone Doheny<sup>55</sup>, sino que debe acceder a ella<sup>56</sup>. Pero una vez resuelto por el Ordinario que la causa se tramite por la vía administrativa y aceptada expresa o tácitamente por ambas partes tal resolución, consideramos que éstas ya no tienen el derecho de solicitar el proceso judicial, porque renunciaron al mismo y porque ello puede prestarse a abusos: las partes deben manifestar en primera oportunidad, si están de acuerdo o no con el proceso administrativo. Si consienten en el mismo más tarde, no pueden pedir, a nuestro modo de ver, el juicio, porque ello sería contrario a la finalidad del proceso administrativo: economizar tiempo y gastos. Pero el Ordinario puede, en cualquier estado del proceso administrativo, decretar que la causa se siga por la vía judicial, cuando lo juzgue necesario. Por lo tanto, podemos decir que el proceso administrativo es de aplicación facultativa (si ambas partes y el Ordinario están de acuerdo), algo semejante al procedimiento verbal establecido en el artículo 1208 del Código Judicial colombiano, mientras que el proceso judicial es obligatorio, si cualquiera de las partes lo pide en primera oportunidad o el Ordinario lo resuelve de oficio.

*Cuarta diferencia:* El proceso judicial de separación está expresa —y extensamente reglamentado tanto en el Código de Derecho Canónico, como —en Colombia— en el «Procedimiento» de 1925 establecido por acuerdo unánime de la Conferencia Episcopal de Colombia como ley diocesana para cada una de las diócesis colombianas, obra que fuera de transcribir muchas disposiciones del Código de Derecho Canónico, establece también normas particulares importantes (como,

<sup>54</sup> Cf. También Copello, *Praxis procesualis*, 2ª ed., 1948, n. 4, p. 3.

<sup>55</sup> *Ob. cit.*, p. 645.

<sup>56</sup> Werns-Vidal, v. 3ª ed. 1946, p. 848 nota 140; Coronata, *De Matrimonio*, 2ª ed., 1948, n. 665, p. 926; Capello, *De Matrimonio*, 5ª ed., 1947, n. 830, p. 827.

por ejemplo, para el depósito de la mujer y de los hijos, la diligencia de conciliación etc.)<sup>56</sup>. Para el proceso administrativo de separación falta —que sepamos— toda reglamentación legal tanto en el Código, como en una norma particular (Concilio, ley diocesana etc.). Por lo tanto, se ha creído en algunas oportunidades y hasta sostenido que la separación administrativa puede decretarse por el Ordinario sin necesidad de observar formalidad procesal alguna, sin que exista causal de separación o sin que tal causal fuera probada.

Ello nos parece completamente equivocado. Con razón observa Kelly con respecto al proceso administrativo de separación:

La ley no prescribe formalidades algunas para la resolución de tal causa por vía administrativa. Sin embargo, el Derecho natural exigirá que a la parte demandada se dé una oportunidad para ser oída y que ambas partes tengan oportunidad para defenderse una vez que las pruebas hayan sido practicadas. Igualmente, el Derecho natural exigirá que el Ordinario, o su delegado, obtenga aún en el proceso administrativo la *misma certeza moral* con respecto a la *existencia y justicia* de la causal alegada de separación antes de poder dictar decreto alguno de separación...<sup>57</sup>.

Estamos plenamente de acuerdo con el ilustre juez del tribunal metropolitano de Nueva York.

En efecto, tratándose de un proceso deben observarse las reglas de Derecho natural, lo que admiten todos los autores, por lo menos con respecto a los procesos administrativos de remoción de párrocos etc. tratados en la tercera parte del libro cuarto del Código<sup>58</sup>.

Igualmente consideramos que el Ordinario no puede fallar *ex æquo et bono*, como lo sostiene Cappello<sup>59</sup>, sino de acuerdo con la ley, o sea, cuando tenga certeza moral que existe la causal de separación alegada y tal certeza moral debe basarse —como lo expuso magistralmente la Santidad de Pío XII en su admirable alocución a los auditores de la S. Rota de 1º de octubre de 1942<sup>60</sup>— en razones objetivas o pruebas.

<sup>56</sup> Can. 542-565 del Procedimiento Colombiano.

<sup>57</sup> *Separation and civil divorce, The Jurist*, vol. vi (1946), pp. 208-209; cf. también Coronata, *De Matrimonio*, 2ª ed., 1948, n. 665, p. 926; Cappello, *Praxis processualis*, n. 137, p. 117; Idem, *De Matrimonio*, n. 830, pp. 826-828.

<sup>58</sup> Wernz-Vidal, vi, n. 740, iii, p. 719; Coronata, *De Processibus*, n. 1573, p. 503; Cance, *Le Code de droit canonique*, iv, 1949, n. 350, pp. 499-500; Cance-Arquer, *ob. cit.*, II, n. 1030 d), p. 6.

<sup>59</sup> *Praxis processualis*, n. 4, p. 3.

<sup>60</sup> AAS., xxxiv (1942) pp. 338-443; Torre, *Processus matrimonialis*, 2ª ed., 1947, pp. 182-185; vers. esp. en *Revista del Colegio del Rosario*, junio de 1944, pp. 139-145.

Observadas las reglas del Derecho natural (citación del demandado; derecho a la defensa; notificación del decreto de separación) el Ordinario o el sacerdote delegado tienen en el proceso administrativo plena libertad de establecer el procedimiento que les parezca el más adecuado para lograr aquella certeza moral.

Por lo tanto, el proceso administrativo de separación es sumario, como lo anota Vermeersch-Creusen<sup>61</sup> mientras que el juicio de separación es ordinario (consideramos que la opinión sostenida por varios autores<sup>62</sup> de que el proceso judicial de separación puede tramitarse como sumario no tiene fundamento en el Derecho vigente y está en contradicción con la respuesta de la Comisión Pontificia de 8 de abril de 1941<sup>63</sup>, según la cual las causas de separación son causas matrimoniales, por lo cual —como no hay texto que autoriza un juicio sumario— deben seguir el curso de un juicio ordinario).

*Quinta diferencia:* El proceso judicial es contencioso, lo cual explica sus muchas solemnidades. El proceso administrativo no es contencioso, es decir, las partes no renuncian —como es lógico— a las garantías del proceso judicial, sino cuando están de acuerdo con la separación o cuando por lo menos los hechos básicos no se discuten. Eso no significa que no pueden estar en desacuerdo sobre algunas circunstancias. Pero si existe desacuerdo fundamental es muy probable que una de las partes, por lo menos, exigirá el juicio (porque el proceso administrativo no sirve, por su carácter muy sumario, para debates probatorios complicados o discusiones jurídicas difíciles). Y si, por descuido, ninguna de las partes insiste en que la causa se tramite por la vía judicial, lo ordenará con toda seguridad el Ordinario. Por ello, se ha sostenido que el proceso administrativo es de jurisdicción voluntaria<sup>64</sup>, pero como la noción de jurisdicción voluntaria es sumamente discutida y muy diferente en las diversas legislaciones<sup>65</sup>, preferimos decir que el proceso administrativo de separación no es contencioso.

Por lo tanto, —y aquí tenemos la sexta diferencia— el juicio termina con una sentencia definitiva que debe reunir los requisitos establecidos en los cánones 1873 y 1874, especialmente contener los motivos o razones del fallo, so pena de

<sup>61</sup> *Epitome iuris canonici*, III, n. 4.

<sup>62</sup> Wernz-Vidal, v, n. 646, p. 848; Cappello, *De matrimonio*, p. 826; Wernz-Vidal, v, p. 848.

<sup>63</sup> AAS., xxxiii, p. 173.

<sup>64</sup> Cf. Della Rocca, p. 124.

<sup>65</sup> Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, ed. esp., I, 1940, pp. 383 ss.

incurrir en nulidad subsanable <sup>66</sup>, mientras que el proceso administrativo termina con un decreto que puede prescindir de dar las razones. Por lo mismo, la sentencia en el juicio de separación es apelable en efecto suspensivo <sup>67</sup>, mientras que contra el decreto administrativo que concede o deniega la separación no cabe sino el recurso, en efecto devolutivo, a la S. Congregación de Sacramentos <sup>68</sup> y no —como afirma Doheny <sup>69</sup>— al «Ordinario de segunda instancia».

Según lo expuesto, el proceso administrativo es un verdadero proceso, por lo cual no es necesario llamarlo «procedimiento administrativo» <sup>70</sup> o «expediente gubernativo» <sup>71</sup>, sino proceso administrativo, gubernativo o disciplinar.

Es verdad que la denominación «administrativo» puede causar equivocaciones, porque se podría creer que se trata de algo semejante a «lo administrativo» del Derecho civil, lo que sería erróneo, como hemos visto <sup>72</sup>. Por ello, habría quizás sido preferible, si el legislador hubiera empleado las voces «gubernativo» o «disciplinar». Mas como tanto las *Normas peculiares* para las SS. Congregaciones <sup>73</sup>, como el Código y la respuesta de 25 de junio de 1932 hablan de «administrativo», debemos —en nuestro concepto— aplicar la misma terminología con la aclaración que acabamos de hacer. Siendo, pues, el proceso administrativo un verdadero proceso, no creemos —como lo sostienen entre otros Roberti <sup>74</sup> y Coronata <sup>75</sup>— que la diferencia entre juicio y proceso administrativo estriba en que aquel define un derecho y éste un interés. Esta distinción, tomada de civilistas <sup>76</sup>, nos parece inaplicable para el Derecho canónico <sup>77</sup>. Tanto en los juicios, como en los procesos administrativos de separación, se trata del derecho, o sea, si subsiste o no determinada causal de separación temporal, y no de un mero interés.

Por lo mismo, no habiendo diferencia esencial sino tan solo adjetiva entre la sentencia judicial y el decreto administrativo de separación, éste goza de todos los efectos civiles

<sup>66</sup> Can. 1894, ord. 2º

<sup>67</sup> Can. 1879, 1889 par. 2.

<sup>68</sup> Can. 1569, 1601.

<sup>69</sup> *Ob. cit.*, II, p. 645.

<sup>70</sup> Struve. *ob. cit.*, p. 140-141.

<sup>71</sup> Múñiz, *ob. cit.*, I, 638.

<sup>72</sup> Cf. también Wernz-Vidal, II, 3ª ed., 1943, n. 487, pp. 569 ss.

<sup>73</sup> Cap. III, n. 10, cit. por Wernz-Vidal, p. 570.

<sup>74</sup> *De processibus*, I, 1926, pp. 25-26.

<sup>75</sup> *Institutiones*, III, n. 1086 pp. 1-2.

<sup>76</sup> Cf. Caviglioli, *ob. cit.*, II, p. 370-371.

<sup>77</sup> Cf. Wernz-Vidal, II, pp. 571 ss. nota 28.

de una sentencia. Como lo demostró Robledo Uribe <sup>78</sup>, en Colombia no existe el problema. Porque aun cuando los artículos 17 y 18 de la ley 57 de 1887 y 51 de la ley 153 de 1887, que conceden efectos civiles a los fallos eclesiásticos sobre nulidad y separación (divorcio) de matrimonios católicos, hablan de «sentencias» y de «tribunales eclesiásticos», el concordato de 31 de diciembre de 1887 (ratificado por ley 35 de 1888) se expresa más técnicamente en su artículo 19: «Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges...». Siendo el Ordinario autoridad eclesiástica, no cabe duda que aún los fallos administrativos de las curias en causas matrimoniales tienen plenos efectos civiles, como consta también de la siguiente jurisprudencia del tribunal superior de Bogotá el cual mediante providencia de 30 de agosto de 1941 (cuyo ponente fue el actual magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Gualberto Rodríguez Peña) dijo:

c) ¿Tienen eficacia ante la ley civil los fallos eclesiásticos que se pronuncian con carácter puramente administrativo...?

En la materia hay que distinguir: si el punto sobre el cual la Iglesia decide es de su exclusiva competencia... es indudable que el fallo correspondiente produce efectos ante la ley civil aun cuando se haya proferido con carácter puramente administrativo <sup>79</sup>.

Pero aun sin la norma concordataria citada, la situación sería la misma, por lo cual repetimos que —en nuestro concepto— los decretos administrativos de separación tienen plenos efectos civiles también en España. Tal decreto no se distingue esencialmente de la sentencia de separación de un tribunal eclesiástico; trátase de una simple cuestión procedimental y organizatoria. Como los procesos administrativos de separación no existen sino desde 1932, el Código civil español no podía prever estos casos. Pero si habla de «sentencias» y de «tribunales», su intención manifiesta fue la de dar efectos civiles a los fallos pronunciados por la autoridad eclesiástica. Y si según las normas vigentes eclesiásticas tales fallos se llaman ahora «decretos» (y no sentencias) y son dictados por una autoridad que —con terminología no muy apropiada y completamente distinta de la empleada en Derecho Civil— se denomina «administrativa», ello no puede ser

<sup>78</sup> *Efectos Civiles del divorcio «Quoad Thorum et Cohabitationem» dictado por la Autoridad Eclesiástica mediante el Procedimiento Administrativo o Disciplinario, en Cathedar, vol. I, Bogotá, diciembre de 1947, pp. 366 ss.*

<sup>79</sup> *Revista Justicia, Bogotá, 1941, tomo IX, p. 220.*

óbice a que el Estado reconozca efectos civiles a tales fallos, porque no puede ser más papal que el Papa.

Estos fallos administrativos de separación, como las sentencias judiciales en la misma materia, nunca pasan a cosa juzgada<sup>80</sup> y las causas mismas podrán en cualquier tiempo ser tratadas de nuevo, sea por vía administrativa, sea por vía judicial, si se presentan nuevas pruebas. Pero sin ellas, no creemos —en contra de lo sostenido por Cappello<sup>81</sup>— que una vez dictado el decreto administrativo, la misma cuestión pueda ser propuesta y definida en proceso judicial, porque ello nos parece contrario a la letra y el espíritu de los cánones 1569, 1601 y 1880, ord. 6º.

En resumen consideramos que el proceso administrativo de separación puede definirse como proceso no contencioso y sumario, de aplicación facultativa, que se tramita por el Ordinario o un sacerdote delegado, por una causal de separación temporal, proceso que termina con un decreto el cual tiene los efectos de una sentencia judicial y contra el cual no cabe sino el recurso en efecto devolutivo a la S. Congregación de Sacramentos.

V—¿Cómo se tramita el proceso administrativo de separación?

Como dijimos ya, deben observarse ciertas reglas de derecho natural, como la citación del demandado<sup>82</sup>, el derecho de ambas partes a la defensa<sup>83</sup> y el decreto debe notificarse<sup>84</sup>.

Fuera de estas normas no existen otras, de manera que el Ordinario puede él mismo determinar el procedimiento que le parezca adecuado. No obstante, creemos que el siguiente esquema de un proceso administrativo de separación, recomendado por Struve, y que ha dado excelentes resultados en la curia primada de Bogotá, podrá servir de modelo y quizás sería conveniente que una Conferencia Episcopal dicte reglas sobre tal proceso para que se adapten las mismas reglas procedimentales en todo el territorio de la República.

a) Exposición y petición de la parte ofendida con indicación de por lo menos 3 testigos idóneos;

<sup>80</sup> Can. 1989 y Resp. de la Com. Pont. de 8 de abril de 1941 (cf. nota 63).

<sup>81</sup> *Praxis processualis*, n. 4, p. 3, 4º.

<sup>82</sup> Wernz-Vidal, VI, n. 383, p. 344; Coronati *Institutiones* III, n. 1240, p. 149.

<sup>83</sup> Cance, *ob. cit.*, n. 350, pp. 499-500.

<sup>84</sup> *Ibid.*

- b)* Citación de las partes a la curia administrativa;
- c)* Diligencia de conciliación;
- d)* Declaración de los testigos aducidos bajo juramento;
- e)* Pase al promotor de justicia;
- f)* Concepto del ministerio público eclesiástico;
- g)* Decreto...
- h)* Notificación del decreto a las partes <sup>85</sup>.

Agreguemos tan solo que —a nuestro modo de ver— las partes deben conocer las declaraciones y debe dárseles un corto plazo para presentar sus defensas, si así lo quieren.

En esta forma tendrán todas las garantías procesales y al mismo tiempo economizarán mucho tiempo y dinero.

---

<sup>85</sup> Struve, loc. cit., p. 142.